



DOCTORAT EN DROIT

CARINE COPAIN

**L'ENCADREMENT DE LA CONTRAINTE PROBATOIRE
EN PROCEDURE PENALE FRANCAISE**

Thèse présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2011 à 14h

DIRECTEUR DE THESE

Madame Elisabeth JOLY-SIBUET, Maître de Conférences, Université Jean Moulin Lyon 3

MEMBRES DU JURY

Monsieur Philippe BONFILS, Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille 3

Monsieur Jacques BUISSON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Conseiller à la Cour de cassation

Monsieur François FOURMENT, Professeur à l'Université Nancy 2

Madame Elisabeth JOLY-SIBUET, Maître de Conférences, Université Jean Moulin Lyon 3

Monsieur Jean PRADEL, Professeur émérite à l'Université de Poitiers

Monsieur André VARINARD, Professeur émérite à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Recteur

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma mère
In memoriam

ABREVIATIONS

A. : Arrêt
Act. : Actualité
Aff. : Affaire
AJDA : Actualité juridique droit administratif
AJ pén. : Actualité juridique pénale
Al. : Alinéa
APC : Archives de politique criminelle
APD : Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim. : Archives de politique criminelle
Art. : Article
Ass. plén. : Cour de cassation, assemblée plénière
Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA : Cour d'appel
CAA : Cour administrative d'appel
C. Civ. : Code civil
C. cass. : Cour de cassation
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
Cf. : Se référer
Chr. : Chronique
Civ.1^{ère}, Civ.2^{ème}, Civ.3^{ème} : Cour de cassation Chambres civiles
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
Coll. : Collection
Com. : Cour de cassation Chambre commerciale
Comm. : Commentaire
Cons. Const. : Conseil constitutionnel
COJ : Code de l'organisation judiciaire
CP : Code Pénal
CPP : Code de procédure pénale
Crim. : Cour de cassation Chambre criminelle
D. : Dalloz (Recueil)
DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
D.H. : Dalloz hebdomadaire
Doct. : Doctrine
D.P. : Dalloz périodique
Dr. pénal : Droit pénal
DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme
Ed. : Edition
Fasc. : Fascicule
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : ibidem
Infra : ci-dessous
J.Cl. (Civil, Pénal...) : Juris-Classeur
JCP : Semaine Juridique, édition générale
JCP E. : Semaine juridique, édition entreprise
JO : Journal officiel
JOAN : Journal officiel Assemblée nationale
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les Petites affiches
Mél. : Mélanges
N° : Numéro
NCPC. : Nouveau Code de procédure civile
Obs. : observations
Op. cit. : *Opere citato*
Ord. : Ordonnance
Préc. : précité
P.U.A.M. : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F. : Presses Universitaires de France
P.U.G. : Presses Universitaires de Grenoble
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
RDP : Revue du droit public
Rev. Int. Crim. et pol. Techn. : Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique
Rev. pén. suisse : Revue pénale suisse
Rev. pénit. : Revue pénitentiaire et de droit pénal
RFDCconst. : Revue française de droit constitutionnel
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIDP : Revue internationale de droit pénal
RSC : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif
RTDciv. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
S. : Sirey (Recueil)
s. : suivant
Soc. : Cour de cassation chambre sociale
Somm. : Sommaire
Somm. comm. : sommaires commentés
Supra : ci-dessus
TA : Tribunal administratif
T. Corr. : Tribunal correctionnel
TGI : Tribunal de grande instance
vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I – L'ENCADREMENT CLASSIQUE : L'EFFECTIVITE DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE

TITRE I - UNE CONTRAINTE NON-ARBITRAIRE

Ch. 1 – Une contrainte légale

Ch. 2 – Une contrainte légitime

TITRE II – UNE CONTRAINTE RAISONNABLE

Ch. 1 – Une contrainte nécessaire

Ch. 2 – Une contrainte proportionnée

PARTIE II – L'ENCADREMENT CONTEMPORAIN : L'EFFECTIVITE DES DROITS DE L'ETRE HUMAIN

TITRE I- LE DROIT A UNE PROCEDURE EQUITABLE

Ch. 1 – Un procès équitable

Ch. 2 – Un contentieux équitable

TITRE II – LE DROIT A LA DIGNITE

Ch. 1 – La dignité physique

Ch. 2 – La dignité morale

« On avait sûrement calomnié Joseph K., car, sans avoir rien fait de mal, il fût arrêté un matin. La cuisinière de sa logeuse, Mme Grubach, qui lui apportait tous les jours son déjeuner à huit heures, ne se présenta pas ce matin-là. Ce n'était jamais arrivé. K. attendit encore un instant, regarda du fond de son oreiller la vieille femme qui habitait en face de chez lui et qui l'observait avec une curiosité surprenante, puis affamé et étonné à la fois, il sonna la bonne. A ce moment on frappa à la porte et un homme entra qu'il n'avait encore jamais vu dans la maison. [...] Il fit un mouvement, comme pour s'arracher aux deux hommes qui se tenaient pourtant loin de lui, et voulu continuer son chemin.

« Non, dit celui qui était près de la fenêtre en jetant son livre sur une petite table en se levant, vous n'avez pas le droit de sortir, vous êtes arrêté.

Ca m'en a tout l'air, dit K. Et pourquoi donc ? demanda-t-il ensuite.

Nous ne sommes pas ici pour vous le dire. Retournez dans votre chambre et attendez. La procédure est engagée, vous apprendrez tout au moment voulu. Je dépasse ma mission en vous parlant si gentiment. Mais j'espère que personne ne m'a entendu en dehors de Franz qui vous traite lui-même sur un pied d'amitié contraire à tous les règlements. [...]»

[...] Tous deux regardèrent sa chemise de nuit et déclarèrent qu'il lui faudrait en mettre une bien plus mauvaise, mais qu'ils veilleraient avec grand soin sur cette chemise comme aussi sur tout le reste de son linge, et qu'ils le lui rendraient au cas où son affaire finirait bien.

« Il vaut beaucoup mieux, lui dirent-ils, nous confier vos objets à garder, car au dépôt il se produit souvent des fraudes et d'ailleurs on y revend tout, au bout d'un temps déterminé, sans s'inquiéter de savoir si le procès est fini. Or, on ne sait jamais, surtout ces derniers temps, combien ce genre d'affaires peut durer. [...] »

[...] K. vivait pourtant dans un Etat constitutionnel. La paix régnait partout ! Les lois étaient respectées ! Qui osait là lui tomber dessus dans sa maison ? [...] Le brigadier reposa la boîte d'allumettes sur la table.

« Vous faites, dit-il, une profonde erreur. Ces messieurs que voici et moi, nous ne jouons dans votre affaire qu'un rôle purement accessoire. Nous ne savons même presque rien d'elle. Nous porterions les uniformes les plus en règle que votre affaire n'en serait pas moins mauvaise d'un iota. Je ne puis pas dire, non plus, que vous soyez accusé, ou plutôt je ne sais pas si vous l'êtes. Vous êtes arrêté, c'est exact, je n'en sais pas davantage. Si les inspecteurs vous ont dit autre chose, ce n'était que du bavardage. Mais, bien que je ne réponde pas à vos questions, je puis tout de même vous conseiller de penser un peu moins à nous et de vous surveiller un peu plus. Et puis, ne faites pas tant d'histoires avec votre innocence, cela gâche l'impression plutôt bonne que vous produisez par ailleurs. ».

INTRODUCTION

1. Tout au long de son roman *Le Procès*, Kafka présente au lecteur une procédure pénale quasi-mécanique au cours de laquelle l'individu mis en cause ne peut mettre en œuvre aucune prérogative individuelle. Joseph K., le principal personnage de ce roman, s'en étonne puisqu'il habite dans un « Etat constitutionnel »¹. L'Etat dans lequel il réside est, ainsi, régi par une norme supérieure² organisant les différents pouvoirs et proclamant des prérogatives individuelles³. Selon Joseph K., cela s'oppose à une telle procédure pénale.

Certes, la proclamation des prérogatives individuelles est essentielle. Sur ce point, la Révolution française et la Seconde guerre mondiale constituent des dates charnières. Toutefois, comme l'illustre ce roman, seule, elle ne saurait suffire. De nombreux Etats, peu protecteurs des droits et libertés individuels, sont également des Etats constitutionnels⁴. Cette proclamation doit s'accompagner d'une mise en œuvre effective. Seule cette dernière permet de retenir la qualification d'Etat de droit. En effet, celui-ci se définit comme l'Etat tenu de respecter la loi qu'il a faite et justiciable de ses propres tribunaux en cas de violation de cette loi⁵. Cette reconnaissance et cette effectivité sont, aujourd'hui, synonymes d'une Société démocratique, modèle idéal d'Etat en Europe⁶.

2. *Le Procès* s'ouvre sur la description extrêmement détaillée et longue de l'arrestation de Joseph K. Si l'absence de prérogatives individuelles semble mise en exergue par cette description, l'existence même de cette mesure n'est pas dénoncée. En effet, l'existence d'une faculté de contrainte à l'égard des citoyens est régulièrement attachée à la notion d'Etat. Ainsi, Max Weber définit l'Etat contemporain comme « une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé [...] revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la

¹ KAFKA, *Le procès*, Folio classique n°1840, p. 27.

² Voir KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.

³ Voir pour une définition matérielle de la notion de la Constitution en ce sens VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition de l'ouvrage paru en 1949 aux Editions Sirey), p. 112.

⁴ De nombreux Etats totalitaires tels que l'Union Soviétique ou, encore aujourd'hui, la Chine ont établi des déclarations reconnaissant les droits et libertés individuels.

⁵ Voir notamment DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Panthéon Assas, 2007 (réédition de la quatrième édition de 1923), p. 33.

⁶ Voir en ce sens JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, Editions Faculté de droit de Montpellier, Collection Thèses n°4, 2006, en particulier p. 57 à 65.

violence physique légitime »¹. De même, selon Duguit, « l'Etat est avant tout une force qui s'impose par la contrainte matérielle »².

En France, s'il est un domaine dans lequel cette idée se manifeste de manière flagrante, il s'agit de la procédure pénale, plus particulièrement dans sa phase précédant le jugement. En effet, la procédure pénale française se caractérise à ce stade par une tradition d'investigation par l'autorité judiciaire et les services de police, survivance du système inquisitorial de l'Ancien Régime. Cette tradition laisse peu de place à l'enquête privée. La contrainte, exemple même de « violence physique légitime », apparaît comme le moyen privilégié de mise en œuvre de ces pouvoirs d'investigation³. Il s'agit de l'une des principales distinctions entre les procédures pénale et civile françaises⁴.

3. Comme l'illustre *Le procès* de Kafka, l'effectivité des prérogatives individuelles pose dès lors interrogation. Comment celle-ci peut-elle être assurée malgré l'existence de ce quasi-monopole étatique ? La question de l'encadrement de la contrainte caractérisant la phase préalable de la procédure pénale française mérite ainsi d'être abordée, et ce d'autant plus que cet encadrement varie non seulement dans l'espace, comme le souligne la définition de l'Etat de Max Weber, mais aussi dans le temps (§2). Toutefois, afin de circonscrire clairement les limites de cette étude, il convient, préalablement, d'en définir plus précisément les différents termes. En effet, « même les jugements analytiques ne sont pertinents que si nous nous accordons sur l'usage réel des concepts, c'est-à-dire sur leur pratique sociale. En d'autres termes, rien ne peut fonctionner si nous ne nous sommes pas d'abord mis d'accord sur l'idée de concordance »⁵ (§1).

§1- Définition des termes du sujet

4. Procédure pénale. La définition de la procédure pénale a évolué au fil des siècles, et plus particulièrement depuis le XIXe, sous l'influence de l'Ecole positiviste et de l'Ecole de la défense

¹ WEBER (M.), *Le savant et le philosophe*, Editions 10/18, 2002, p. 125.

² DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Panthéon Assas, 2007, §24.

³ Sur ce point voir MURBACH (M.), *Les pouvoirs d'investigation en droit français* Essai d'une théorie générale, Thèse Université Jean Moulin Lyon 3 2010.

⁴ VERGES (E.), « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007 p. 1441 à 1447.

⁵ COPPENS (P.), *Normes et fonction de juger*, Editions Bruylant et LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 154. Cet auteur prend l'exemple suivant : « supposons par exemple que j'énonce le jugement synthétique (empirique) suivant : « l'argent est un métal blanc ». Aussitôt énoncé, vous sortez un billet de banque de votre portefeuille et vous dites : « voilà de l'argent plutôt grisonnant » ! Et bien dirais-je alors, mettons nous d'accord sur la signification du concept d'argent dans ce contexte-ci ».

sociale nouvelle. Aujourd'hui, ces définitions sont complémentaires. La procédure pénale peut être définie, brièvement, comme la recherche des indices permettant la constatation de l'existence d'une infraction, l'identification de l'auteur de celle-ci, sa poursuite et son jugement au regard de sa personnalité et de la gravité des faits commis¹. Le jugement est, par conséquent, au cœur de la procédure pénale.

5. La notion de jugement fait, pourtant, l'objet de nombreux débats doctrinaux², au-delà même du cadre purement juridique³. La jurisprudence interne a, quant à elle, été qualifiée, sur ce point, d'« impressionnisme »⁴. Toutefois, au-delà de ces incertitudes, au regard des différents

¹ GASSIN (R.), « Considérations sur le but de la procédure pénale », in Mel. PRADEL (J.), *Le droit pénal à l'aube du Troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 109 à 120.

² Voir notamment LAMPUE (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP* 1946 p. 5 à 67 ; VERPEAUX (M.), « La notion révolutionnaire de juridiction », in *Droit n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 33 à 44 ; DUGUIT (R.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906 p. 413 ; D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 236, 1994, 239 pages ; CARRE DE MALBERG (R.), *Théorie générale de l'Etat*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Tome I, 1920, n°257 à 262 ; RIALS (S.), « L'office du juge », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 3 à 20 ; CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 à 298 ; GOHIN (G.), « Qu'est qu'une juridiction pour le juge français ? », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 93 à 106 ; VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, Dalloz, coll. La Bibliothèque Dalloz, 2011 (réédition de l'édition parue en 1956 aux éditions Bière), p. 40 et 41.

³ Pour une approche anthropologique du jugement voir SCHOTT (R.), in sous la direction de BONTEMS (C.), *Le juge : une figure d'autorité, Actes du premier colloque organisé par l'Association française d'anthropologie du Droit à Paris les 24 – 25 – 26 novembre 1994*, éd. L'Harmattan, 1996, p.203 à 231.

⁴ GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 93 à 106. Pour plus de développements sur ce point voir notamment : pour la jurisprudence judiciaire Civ. 25 octobre 1905, *D.P.* 1906 1 p. 337 note Planiol ; Civ. 22 octobre 1935, *D.H.* 1935 JP p. 521 ; Com. 8 octobre 1985, *Bull.* n°232 ; Civ. 1^{ère} 14 juin 1988, *Bull.* n°188 ; Civ. 1^{ère} 6 avril 1994, *Bull.* n°141. Pour l'évolution de la jurisprudence administrative : CE 13 décembre 1889 arrêt Cadot, in *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Dalloz, 13^e édition, 2001, p. 36 ; CHEVALLIER (J.), « Réflexions sur l'arrêt Cadot », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 79 à 91 ; RIALS (S.), « L'office du juge », in *Droits n°9 La fonction de juger*, préc., p. 3 à 20 ; CE 19 février 1943 arrêt Bugnet et autres, *Droit social* 1943 p. 173 conclusions du commissaire du gouvernement LEONARD ; CE 7 février 1947 arrêts D'Aillères et Robert, *RDP* 1947 p. 68 à 90 note WALINE (J.) ; CE 12 janvier 1951 arrêt Union commerciale de Bordeaux-Brassens, *D.* 1951 p. 335 à 338 conclusions du commissaire du gouvernement GUIONIN ; CE 17 avril 1953 arrêt Falco et Vidaillac, *RDP* 1953 p. 448 conclusions du commissaire du gouvernement DONNEDIEU DE VABRES (H.) ; CE 22 janvier 1943 arrêt Sieur Ithier, *Rec.* p. 17 ; CE 2 février 1945 arrêt Moineau, *D.* 1945 p. 269 note COLLIARD (C.A.) ; *RTDCiv* 1945 p. 291 note VIZIOZ (M.) et RAYNAUD (P.) ; CE 12 décembre 1953 arrêt Sieur de Bayo, *AJDA* 1954 II p. 138 note DE SOLO (J.) ; CE 4 février 1955 arrêt Lods, *D.* 1955 p. 616 note AUBY (J.M.) ; CE Ass. 27 mai 1955 arrêt Electricité de France, *D.* 1956 p. 308 conclusions du commissaire du gouvernement CHARDEAU et note L'HUILLIER (J.), *RDP* 1955 p. 721 note WALINE (J.) ; DE SOTO (J.), « La notion de juridiction (à propos du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz) », *D.* 1956 chr. p. 45 ; GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 93 à 106 ; CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 à 298 ; CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 9^e édition, 2001, n°113. Pour quelques exemples de la jurisprudence du Conseil constitutionnel voir Cons. Const. n°89-260 DC du 28 juillet 1989 Commission des opérations de bourse, §18 ; Cons. Const. n°86-224 DC du 23 janvier 1987 Conseil de la concurrence, *JCP* 1987 II 20854 note SESTIER (J.F.) ; Rapport annuel du Conseil d'Etat pour 1986 p. 51 à 54 ; CE 3 décembre 1999 Arrêts Didier et Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf relatifs à la CNIL et au CMF, *JCP* 2000 II 10267 note SUDRE (F.).

critères retenus en droit interne et de la jurisprudence européenne¹, il est possible de considérer que l'objectif de la procédure pénale est de permettre à un tiers indépendant et impartial de décider de la culpabilité d'une personne, quant à une atteinte à l'ordre public, en application d'un certain nombre de règles. Le jugement met fin au litige opposant l'individu mis en cause et les victimes que sont les personnes physiques ou morales atteintes et la Société. Le juge répressif permet ainsi le rétablissement de l'équilibre social², soit par l'affirmation de la conformité du comportement de l'individu poursuivi à celui-ci en cas de relaxe ou d'acquittement, soit par la reconnaissance du bien-fondé de l'accusation portée par le ministère public. Dans cette seconde hypothèse, le juge pénal devra tirer toutes les conséquences de cette condamnation, à savoir la sanction de l'individu par le prononcé d'une peine³.

6. Si certains auteurs qualifient de jugement quelques décisions intermédiaires, telles que les décisions relatives à la détention provisoire⁴, au regard de cette tentative de définition, seules seront retenues ici les décisions tranchant le fond de l'affaire, à savoir celles ayant pour effet la condamnation, la relaxe ou l'acquittement rendues par le juge de proximité, le tribunal de police, le tribunal correctionnel, la Cour d'assises, les Cours d'appel et, de manière indirecte, la Cour de cassation.

7. Le jugement énonce la vérité. Il s'agit d'une présomption légale irréfragable résultant de l'autorité de la chose jugée⁵. Toutefois, cette vérité judiciaire peut être différente de la vérité

¹ Voir notamment CEDH 27 juin 1968, Neumeister contre Autriche, Requête n° 1936/63 ; CEDH 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyer contre Belgique, Requête n° 6878/75 et 7238/75 ; CEDH 22 octobre 1984, Sramek contre Autriche, Requête n° 8790/79, §36 ; CEDH 27 août 1991, Demicoli contre Malte, *JDI* 1992 p. 792 note DECAUX (E.) ; CEDH 7 juin 2001, Kress contre France, Requête n° 39594/98, §79, *D.* 2001 p. 2619 note DRAGO ; ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « « Savoir n'est rien, imaginer est tout » Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la CEDH », *D.* 2001 chr. p. 2611 ; MATSCHER (F.), « La notion de tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande chambre de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 29 à 47.

² Voir sur ce point notamment SALAS (D.), *Du procès pénal Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 20 à 34 ; RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955, n°1, 9 et 24.

³ Sur ce point voir VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public Etude de droit comparé interne*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 42 à 45 ; mais aussi VILLEY (M.), « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *APD tome XXVIII Philosophie pénale*, 1983, p. 181 à 203 ; VUILLERME (J.L.), « La fin de la justice pénale (polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation) », *APD tome XXVIII Philosophie pénale*, 1983, p. 155 à 179.

⁴ RASSAT (M.L.), *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n°27.

⁵ Sur ce point voir notamment JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif, Tome 1, La technique juridique du droit public français*, Dalloz, 2005 (réédition de la 3^e édition parue en 1925), p. 254 à 273.

factuelle. En effet, « la vérité est une composition de faits, sujets à diverses interprétations »¹. Certes, l'intime conviction fondant la décision du juge répressif suppose la mise en œuvre d'une certaine méthode². « La procédure, science ou art de la recherche du vrai, présuppose l'esprit scientifique dont le but est la recherche de la vérité »³. En outre, l'accroissement de l'importance pratique des preuves scientifiques permet un rapprochement entre vérité judiciaire et vérité factuelle⁴. Toutefois, l'intime conviction et la nécessité de reconstituer *a posteriori* la vérité en matière pénale laissent subsister une irréductible part de subjectivité. Soulignant la complémentarité de la subjectivité et d'une certaine méthode scientifique dans la recherche de la vérité judiciaire, Rawls considère la logique et l'intuition, comme des instruments de la recherche de la vérité⁵. Monsieur Atias qualifie même de naïf le fait de « croire que la personnalité des juges [peut] être neutralisée »⁶.

8. L'objet de la phase préalable au jugement pénal est, dès lors, la réunion d'éléments de preuve suffisants pour convaincre le juge de la consommation d'une infraction ou d'une tentative, de l'absence de causes de non-imputabilité et de l'imputation de l'infraction à la personne poursuivie.

9. La contrainte. Malgré l'importance de la contrainte au stade de cette phase, les difficultés pour trouver une définition de la notion de contrainte ne peuvent qu'être soulignées. Pendant longtemps, cette notion n'apparaissait pas expressément dans les textes législatifs. Toutefois, depuis la loi du 15 juin 2000, l'article préliminaire du Code de procédure pénale comprend l'expression « mesure de contrainte »⁷. L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 la reprend⁸. De plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011, l'article 62-2 du Code de procédure pénale définit expressément la garde à vue comme étant une mesure de

¹ WALD (A.), « Vérité et justice (la vérité et le procès), Rapport général », in *La vérité et le droit (Journées canadiennes, Economica, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXVIII, 1987, p. 529 à 544.*

² Cf. infra n°310.

³ WALD (A.), « Vérité et justice (la vérité et le procès), Rapport général », préc.

⁴ Sur ce point voir notamment DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004.

⁵ RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Editions du Seuil, coll. Points, 1997, p. .

⁶ ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2^e édition refondue, 2004, n°55.

⁷ « [...] Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. [...] »

⁸ Article 327-1 de l'avant-projet de code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 : « la garde à vue constitue une mesure de contrainte par laquelle une personne est, dans les conditions, selon les modalités et pour les durées prévues par la présente section, maintenue à la disposition des enquêteurs au cours de l'enquête judiciaire pénale ».

contrainte. Le législateur fait ainsi référence à l'acte manifestant la contrainte. Cependant, il ne prend le soin ni de viser de manière générale cette dernière ni d'en donner une définition. En outre, la jurisprudence ne semble pas y faire référence. En l'absence de définition légale et jurisprudentielle, il convient, par conséquent, de se référer à la doctrine. Un constat s'impose alors. Il existe presque autant de définitions doctrinales de cette notion que d'auteurs ayant tenté de l'appréhender¹. Une tentative de définition de la notion de contrainte étant indispensable dans le cadre de cette étude, il apparaît, dès lors, nécessaire d'identifier les points communs de ces définitions.

10. Le Littré donne six définitions du terme de contrainte. La contrainte est « 1° l'état d'être trop à l'étroit ; 2° une violence exercée sur les actions ; 3° l'acte judiciaire par lequel on contraint quelqu'un à une chose ; 4° le commandement exécutoire décerné par l'autorité administrative contre celui qui doit au fisc ; 5° l'état de celui à qui l'on fait violence ; 6° la retenue qu'imposent le respect, les convenances, des circonstances particulières ». Les définitions deux et cinq font, ainsi, référence à la notion de violence. La contrainte apparaît, dans ces hypothèses, comme la mise en œuvre d'une violence exercée à l'encontre d'un tiers. Ceci fait écho à la définition de la contrainte, comme étant une violence physique légitime, retenue par Weber².

Le Lexique des termes juridiques donne deux définitions de la contrainte. La première fait référence à la cause de non-imputabilité issue de l'article 122-2 du Code pénal. Il s'agit d'une « force à laquelle l'auteur d'une infraction n'a pu résister au moment des faits ». Si, en tant que telle, cette acception du terme doit être écartée de cette étude, l'idée d'une force extérieure à laquelle l'individu ne peut résister paraît, toutefois, intéressante. La deuxième définition retenue fait référence à un « emprisonnement, utilisé comme moyen de pression, d'une personne majeure, solvable et âgée de mois de soixante-cinq ans, ordonnée par le juge de l'application des peines, en cas d'inexécution volontaire d'une ou plusieurs condamnations à une peine d'amende prononcées en matière criminelle ou en matière correctionnelle pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement, y compris en cas d'inexécution volontaire de condamnations à des amendes fiscales ou douanière ». Il s'agit ici de la contrainte judiciaire substituée à la contrainte par corps par la loi du 9 mars 2004³. Cette définition fait référence à une privation de liberté permettant de

¹ Sur ce flou entretenu par la doctrine tant publiciste que privatiste sur ce point voir BUISSON (J.) L'acte de police, Thèse Université Jean Moulin Lyon 3 1988, en particulier p. 294 à 304. Pour quelques exemples complémentaires voir MARIE (C.), « La contrainte dans le procès », in sous la direction de GRYNBAUM (L.), *La contrainte*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p. 121 à 139.

² WEBER (M.), *op. cit.*, p. 125 notamment.

³ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II.

forcer l'individu à faire quelque chose. Une fois encore, cette définition ne peut être retenue dans le cadre de cette étude, même si elle est intéressante pour cerner un peu plus l'acception du terme contrainte utilisée ici.

Le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant paraît plus précis sur ce point. Il donne trois définitions de ce terme. La première définition retenue renvoie à la notion de contrainte étatique qui recouvre à son tour trois sens. Selon le premier sens, il s'agit du « pouvoir de contraindre appartenant aux autorités de l'Etat ». Le deuxième désigne « l'acte par lequel s'exerce ce pouvoir, le fait de contrainte » et le troisième « l'ensemble des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'Etat en vue de l'exécution des obligations et du respect des droits ». La deuxième définition est relative à la décision administrative préalable aux poursuites pour le recouvrement des impôts directs, décision par laquelle le comptable du Trésor qui en est chargé exprime son intention de procéder à la saisie, si le contribuable ne se libère pas de sa dette dans le délai de trois jours à compter de la notification du commandement ». La troisième définition indique que le terme de contrainte est parfois synonyme de violence ou d'acte de force illicite. Si les deux dernières définitions ne concernent pas le cadre de cette étude, il en va tout autrement pour la première. Toutefois, elle semble encore trop imprécise.

11. De nombreux auteurs incluent dans leur définition de la contrainte le recours à la force publique. Ainsi, Monsieur Fourment¹ et Monsieur Jestaz définissent la contrainte comme « le recours à la force, mais selon les formes du droit, par exemple le recours aux agents de la force publique »². Pour Hauriou, la notion de contrainte ne renvoie qu'à l'acte dont étaient porteurs « les huissiers des contributions directes ». « L'emploi direct, par l'autorité administrative, de la force publique ou de la force armée pour obtenir un certain résultat de fait (arrestation, [...], perquisition dans un domicile [...]) »³ constitue non la contrainte administrative mais la coercition administrative. En réalité, il semble que ces deux notions doivent être considérées comme synonymes. En effet, la coercition est définie comme une action de contrainte⁴. Monsieur Buisson retient que la contrainte regroupe « tous les moyens juridiques, ou matériels, qui forcent le citoyen à obéir à la loi »⁵, n'appartenant qu'au pouvoir exécutif, et non au pouvoir judiciaire¹ et exercée par la force publique.

¹ FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris II, 1995, Tome I, p. 116 à 119.

² JESTAZ (P.) *Le droit*, 6^e édition, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2010, p. 25 .

³ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002 (réédition de la 12^e édition de 1933).

⁴ Voir notamment *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant.

⁵ BUISSON (J.), *L'acte de police*, Thèse Lyon III, 1988, p. 298.

12. Certaines définitions évoquées font référence à un pouvoir. Ce dernier comprend plusieurs éléments constitutifs. Tout d'abord, la notion de pouvoir suppose un élément d'extranéité, une « intrusion sur le terrain juridique d'autrui » entendue comme le « gouvernement de la personne », c'est-à-dire un lien « entre le titulaire du pouvoir, sujet actif, et les individus qui y sont soumis, sujets passifs ». De plus, « la seconde composante du pouvoir, c'est l'orientation altruiste qui lui est donnée. Puisque l'objet du pouvoir c'est l'autre – dans sa personne ou dans ses biens -, il est de son essence d'être exercé dans le seul intérêt de la personne subordonnée ou représentée »². La contrainte comprend effectivement un élément d'extranéité en ce qu'elle permet à l'Etat de limiter la liberté d'autrui. En revanche, la seconde composante doit être légèrement nuancée. En effet, la contrainte n'est pas exercée dans le seul intérêt de la personne qui lui est soumise. Toutefois, l'orientation altruiste du pouvoir apparaît bien dans la contrainte puisqu'elle ne saurait être exercée dans le seul intérêt de l'Etat. Une telle hypothèse constituerait un abus caractérisant un Etat arbitraire. La contrainte ne peut être créée et mise en œuvre que dans l'intérêt de la Société.

13. Ces récurrences constatées dans les différentes définitions permettent de préciser quelque peu l'acception de la contrainte qui sera retenue dans le cadre de cette étude. Ainsi, la contrainte apparaît comme un pouvoir exclusif de l'Etat, exercé par la force publique, obligeant un individu à faire ou ne pas faire quelque chose.

La violence ne semble pas être un critère déterminant contrairement à ce qu'une première approche pouvait laisser penser. En effet, elle implique une contrainte physique parfois absente en pratique. La contrainte peut, certes, être physique, mais également psychique, l'individu se sentant obligé de se soumettre à la mesure ordonnée. La contrainte porte ainsi atteinte à l'autonomie de l'individu. Etymologiquement, l'autonomie désigne l'obéissance à la loi que l'individu s'est lui-même prescrit³. La contrainte implique, dès lors, une atteinte à la liberté.

Encore faut-il s'entendre sur la notion de liberté ici choisie en raison de la polysémie de ce terme. Le Conseil constitutionnel semble donner deux définitions de la liberté individuelle. Il procède à une distinction entre, d'une part, la liberté individuelle au sens large comprenant la sûreté et son corollaire qu'est la liberté d'aller et venir, ainsi que l'intimité de la vie privée, c'est-à-dire

¹ *Ibid.* p. 304.

² Sur ce point voir notamment STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 3^e édition, 1991, n°919 et 920.

³ En grec, auto signifie soi-même et nomos la règle.

l'inviolabilité du domicile et des correspondances¹, et, d'autre part, la liberté individuelle au sens strict limitée à la sûreté². Afin de ne pas restreindre de manière peu justifiée l'objet de cette étude, il convient ici de retenir la conception large adoptée par le Conseil constitutionnel.

14. La contrainte peut, dès lors, être définie comme un pouvoir exclusif de l'Etat, mis en œuvre par la force publique et portant atteinte à la sûreté, à la liberté d'aller et venir, ou à l'inviolabilité des correspondances et du domicile, auquel l'individu qui y est soumis ne peut se soustraire.

15. Une contrainte probatoire. Au regard du but de la phase de la procédure pénale concernée, les actes de mise en œuvre de ce pouvoir étatique peuvent être désignés sous le terme générique de « mesures de contrainte probatoire ». En effet, ils ont pour but de fournir les indices permettant au juge de se prononcer sur la culpabilité ou non de l'individu finalement poursuivi.

16. Aussi, doivent être écartées ici, les interceptions de correspondances administratives qui ont un but purement préventif et ne sont pas nécessairement suivies d'un jugement, ainsi que les peines privatives de liberté qui sont la conséquence d'un jugement. De même, les mesures propres au droit des étrangers, telles que le placement en zone de transit ou en zone d'attente, ainsi que l'assignation à résidence des étrangers se présentant à la frontière sans les documents exigés, ou sujets d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure d'interdiction du territoire français ou de reconduite à la frontière, ou dont la présence sur le sol français constituerait une menace pour l'ordre public ne seront pas abordées ici. En effet, elles sont la conséquence d'une simple décision

¹ Cons. Const. n°76-75 DC du 12 janvier 1977 Fouille des véhicules, *RDP* 1978 p. 821 à 825 note FAVOREU (L.) ; Cons. Const. n°83-164 DC du 29 décembre 1983 Perquisitions fiscales, *AJDA* 1984 p. 97 à 104 note PHILIP (L.) ; FAVOREU (L.), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution (à propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985) », *D.* 1986 Chr. p. 169 177 ; WACHSMANN (P.), « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1988 p. 1 à 15 ; GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la déclaration de 1789 », in *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989, p. 79. ; WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Dalloz, 1996, n°410 ; HENNION (P.), *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 1998, n°196.

² Cons. Const. n°99-411 DC du 16 juin 1999 relative à la loi n°99-505 du 18 juin 1999 portant diverses dispositions relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitations de réseau de transport public de voyageurs, *JCP* 2000 I 201 n°21 note MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) ; Cons. Const. n°99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle, *JCP* 2000 I 213 n°4 note PETIT (J.) et BOITEAU (C.) ; Cons. Const. n°99-422 DC du 21 décembre 1999, *RDP* 2001 p. 76 à 77 note ROUSSEAU (D.). Sur la notion de sûreté voir notamment LUCHAIRE (F.), « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989 p. 609 à 634.

administrative et non d'un jugement. Doivent également être écartées l'ensemble des mesures de sûreté pouvant être prononcées par les juridictions d'instruction ou d'application des peines, telles que l'hospitalisation d'office en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour troubles psychiques, la rétention de sûreté ou l'injonction de soins notamment. Ces mesures n'ont, en effet, pas une fonction probatoire mais un but préventif des atteintes à l'ordre public au regard de la dangerosité de l'individu. Pour la même raison, doit être exclue l'ordonnance de protection que peut prendre en urgence le juge aux affaires familiales « lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime »¹.

17. Selon l'article 311-3 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010, « au cours de l'enquête, il peut être recouru, conformément aux dispositions du présent code, aux mesures restrictives ou privatives de liberté suivantes : contrôle et vérification d'identité, interpellation, garde à vue, mandat, contrôle judiciaire, assignation à résidence sous surveillance électronique, détention provisoire ». Si cet article est adopté, cela constituera la première énumération législative générale des mesures de contrainte probatoire. Toutefois, ne sont ici visées que les mesures constituant une atteinte à la liberté au sens strict. A cette énumération proposée par l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 peuvent, dès lors, être ajoutées d'autres mesures portant atteinte, cette fois-ci, à la liberté individuelle au sens large, telles que les perquisitions, les fouilles des véhicules assimilées à celles-ci ainsi que les interceptions de correspondances écrites ou émises par voie de télécommunication.

18. Certes, certaines de ces mesures, telles que le contrôle d'identité, le contrôle judiciaire ou la détention provisoire, n'ont pas seulement une finalité probatoire. Toutefois, elles seront retenues dans le cadre de cette étude puisque, même si elle ne constitue pas leur seule finalité, la recherche de la vérité reste, malgré tout, au cœur de ces mesures. Pourront également être citées, de manière plus ponctuelle, certaines mesures constituant également une atteinte à l'autonomie de l'individu tels que les prélèvements sanguins ou d'ADN.

En revanche, la question se pose de savoir ce qu'il convient d'entendre par détention provisoire dans le cadre de cette étude. En effet, la définition temporelle de la détention provisoire est liée

¹ Article 515-9 du Code civil introduit par le loi n°2010-769 du 9 juillet 2010. En effet, par cette ordonnance le juge aux affaires familiales peut imposer des obligations qui rappellent les obligations du contrôle judiciaire. Il s'agit par conséquent d'une mesure de contrainte. Toutefois, cette ordonnance n'a pas un but probatoire mais de protection de la personne qui est alors en danger. Il semble ainsi possible de qualifier cette mesure de mesure de sûreté.

aux controverses existant autour de la notion de jugement définitif. Cette dernière expression peut désigner soit le jugement passé en force de chose jugée, c'est-à-dire qui n'est plus susceptible de voie de recours, soit la décision sur le fond de l'affaire terminant le procès devant la juridiction qui la prononce¹. Dans la première hypothèse, la détention provisoire se poursuivrait pendant les instances de recours alors que dans la seconde elle se terminerait avec la décision de première instance. Traditionnellement en France, la détention provisoire prend fin, non avec la comparution devant la juridiction de jugement mais avec le prononcé du jugement². Dans un arrêt du 18 novembre 1998³, la chambre criminelle a estimé que l'individu détenu ne pouvait pas invoquer l'article 5§3 pendant l'instance du pourvoi en cassation. Elle semble, par conséquent, considérer que la détention pendant le pourvoi en cassation ne constitue pas une détention provisoire. Cependant, cette jurisprudence n'a, pour l'instant, pas été étendue à l'appel. De plus, s'il bénéficie d'une cassation, l'intéressé est de nouveau considéré comme étant en détention provisoire jusqu'au jugement de la juridiction de renvoi. Faut-il en conclure que la détention provisoire s'achève avec la décision d'appel ? Pourtant, les voies de recours que sont l'appel et le pourvoi ont toutes deux un effet suspensif en vertu des articles 506 et 569 du Code de procédure pénale. La Cour de cassation a, ainsi, en 1992, décidé que malgré le maintien en détention prescrit par la Cour d'appel, la peine d'emprisonnement prononcée contre un prévenu n'est exécutoire, en raison de l'effet suspensif du pourvoi en cassation, qu'à compter du rejet de ce pourvoi⁴. L'appel et le pourvoi ayant le même effet, il paraît difficile d'envisager des solutions différentes selon le type de recours. La Cour européenne des droits de l'homme considère, depuis l'arrêt Wemhoff⁵, que lors des instances de recours, l'individu effectue une détention après condamnation visée par l'article 5§1a et non une détention provisoire. La personne détenue bénéficie alors du seul délai raisonnable de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Malgré certaines critiques, la Cour européenne a maintenu sa jurisprudence, notamment dans l'affaire Ringeisen⁶, soulignant que les garanties de l'article 5§3 ne dépendent pas des particularités des divers ordres

¹ DERUPPE (J.), « La notion particulière de décision définitive en procédure pénale », in sous la direction de STEFANI (G.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Librairies Dalloz, 1956, p. 117 à 154 ; COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Sirey, 16^e édition, 2011, n°398 ; CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 13^e édition, 2008, n°1045 à 1048 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure Pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001, n°802.

² Crim. 25 juin 1986, *Bull.* n°226, *D.* 1987 SC p. 78.

³ Crim. 18 novembre 1998, *Bull.* n°306, *D.* 1999 p. 97 note PRADEL (J.), *Procédures 1999* Comm. n°72 note BUISSON (J.).

⁴ Crim. 20 octobre 1992, *Bull.* n°328.

⁵ CEDH 27 juin 1968, Wemhoff contre Allemagne, Requête n° 2122/64.

⁶ CEDH 16 juillet 1971, Ringeisen contre Autriche, Requête n° 2614/65.

juridiques internes¹. Il serait souhaitable, notamment au regard de la question de la durée des privations de liberté, que le législateur français prenne position sur cette question. Cependant, dans le cadre de cette étude sera retenue une définition stricte de la détention provisoire prenant fin avec la décision de première instance. En effet, la détention provisoire ordonnée lors de l'exercice des voies de recours n'a pas une finalité probatoire mais l'énoncé de la vérité légale et la réparation effective de l'ordre public en permettant la présence de l'individu à l'audience et l'exécution de la peine.

19. Cette énumération des mesures de contrainte probatoire permet de préciser quelque peu la définition précédemment retenue de la contrainte. En effet, comme le soulignaient certaines définitions doctrinales évoquées, ces mesures supposent toutes l'intervention de la force publique² lors de leur exécution. Ainsi, contrôle et vérification d'identité, interpellation, garde à vue, perquisitions, fouilles des véhicules sont, par définition, exécutées par les services de la police nationale ou de la gendarmerie. Certaines obligations du contrôle judiciaire supposent également l'intervention de la force publique. Les interceptions de correspondances sont mises en œuvre par un technicien requis par le juge d'instruction. Toutefois, le procès-verbal et la transcription des écoutes téléphoniques, par exemple, sont établis sur délégation par un membre de la force publique³. Quant à l'exécution des mandats et de la détention provisoire, elle suppose l'arrestation de l'individu par la force publique.

La force publique intervient, ainsi, soit de sa propre initiative soit comme simple autorité d'exécution d'une décision prise par l'autorité judiciaire.

20. Dans le cadre de cette étude ne sera abordée que la contrainte à l'encontre de la personne mise en cause au cours de la procédure et non, par exemple, les réquisitions qui impliquent, certes, une contrainte probatoire mais exercée à l'encontre d'un tiers à la procédure.

La contrainte probatoire exercée à l'encontre de mineurs ne sera pas non plus abordée. En effet, celle-ci reste soumise à l'encadrement commun à l'ensemble des mesures de contrainte probatoire bien que cet encadrement soit quelque peu renforcé en raison des spécificités du droit pénal applicable aux mineurs qui dépassent le cadre de cette étude.

¹ Voir *L'article 5 de la CESDH Protection de la liberté et de la sûreté de la personne*, *op. cit.*, p. 78 à 79 ; POUGET (P.), « Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la CESDH », *préc.*. Sur la jurisprudence interne voir MARSAT (C.), « Des difficultés d'application de l'article 5§3 de la CESDH », *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°14.

² Sur la notion de force publique voir BUISSON (J.), *op. cit.* p. 305 à 349.

³ Articles 100-4 et 100-5 du CPP.

21. La notion de contrainte probatoire retenue ici peut ainsi être définie comme le pouvoir exclusif de l'Etat, exercé par la force publique, soit de sa propre initiative, soit sur décision d'une autorité judiciaire, portant atteinte à la sûreté, à la liberté d'aller et venir, ou à l'inviolabilité des correspondances et du domicile, de l'individu suspecté¹ qui ne peut s'y soustraire, et ayant pour finalité la recherche de la vérité dans le seul intérêt de la Société.

22. L'encadrement. La notion d'encadrement implique la mise en place d'un cadre, c'est-à-dire de quelque chose qui circonscrit, entoure une action. Cette notion apparaît ainsi plus souple que celle de « limite » qui désigne un point qu'une action ne peut ou ne doit pas dépasser. La notion d'encadrement suppose une faculté de variation de son contenu que ne permet pas la notion de « limite ». D'ailleurs, la notion de décision-cadre, créée par le Traité d'Amsterdam et supprimée lors de l'adoption du Traité de Lisbonne, exprimait cette idée. Cette catégorie d'actes, propre au troisième pilier, a été remplacée par celle de directive, le Traité de Lisbonne ayant fait le choix d'une harmonisation de la terminologie utilisée à la suite de la disparition des divers piliers. Jusqu'à l'adoption du Traité de Lisbonne, le critère de distinction entre la directive et la décision-cadre était l'absence de tout effet direct de cette dernière. En effet, à l'inverse, la directive a un effet direct permettant aux justiciables de l'opposer aux autorités étatiques une fois le délai de transposition accordé par les institutions européennes écoulé. Le Traité de Lisbonne définit la directive comme liant « tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »². La notion d'encadrement semble, ainsi, admettre une certaine variation du contenu des règles régissant l'action considérée tout en permettant la mise en place d'un contrôle de l'efficacité de ces règles à assurer l'effectivité du respect des objectifs ainsi concrétisés. En raison de sa souplesse, elle apparaît, dès lors, particulièrement adaptée pour désigner l'ensemble des droits et principes régissant la contrainte probatoire et tendant à assurer l'effectivité des prérogatives individuelles. En effet, les prérogatives individuelles, proclamées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les différents textes internationaux postérieurs à la Seconde guerre mondiale, constituent des objectifs dont le respect effectif s'impose, aujourd'hui, aux Etats. Ceux-ci ont,

¹ Sur la notion de suspect voir LAURENT (N.), *La notion de suspect en matière pénale*, Thèse Lyon 3, 2001.

² Article 288 alinéa 3 TFUE.

toutefois, conservé, quant à la mise en œuvre de ces objectifs, une certaine marge d'appréciation, résultant de la valeur première attachée à ces prérogatives.

23. Encore faut-il déterminer en quoi consistent ces objectifs s'imposant aux Etats. L'histoire de la proclamation des prérogatives individuelles est marquée par plusieurs textes fondateurs. Ainsi, en Angleterre, la Grande Charte de 1215 précisait que « aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné, ni dépossédé de sa libre tenure, de ses libertés ou libres coutumes, ni mis hors la loi, ni exilé, ni molesté en aucune manière ; et nous ne mettrons ni ne ferons mettre la main sur lui, si ce n'est en suite d'un jugement légal de ses pairs et selon la loi du pays »¹. Le *Bill of Rights* de 1628 soulignait que « aucun homme libre ne pourra être arrêté ou mis en prison, ni dépossédé de franc-fief, de ses libertés ou franchises, ni mis hors la loi ou exilé, ni molesté d'aucune autre manière, si ce n'est en vertu d'une sentence légale de ses pairs ou des lois du pays. Nulle personne, de quelque rang ou condition qu'elle soit, ne pourra être dépouillée de sa terre ou de ses tenures ni arrêté, emprisonnée, privée du droit de transmettre ses biens par successions, ou mise à mort, sans avoir été admise à se défendre dans une procédure régulière »². Dans le même sens, l'Habeas Corpus de 1679 précisait que « toute personne arrêté et détenue pour fait qui ne constitue pas une trahison ou une félonie, doit recevoir du lord chancelier ou, à la requête de celui-ci, de l'un des magistrats présents à Londres parmi les douze juges du royaume, un *writ d'habeas corpus* ». Ces dispositions étaient, toutefois, limitées aux garanties reconnues aux individus privés de liberté et ne concernaient que l'Angleterre.

La fin du XVIII^e siècle est marquée par des textes proclamant les prérogatives de manière générale sans s'arrêter à la seule hypothèse de l'individu privé de sa liberté. Ainsi, la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis du 4 juillet 1776 proclame que « nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par leur créateurs de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis par les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir, et d'établir un nouveau gouvernement, en le fondant sur les principes en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur »³. Cette Déclaration

¹ RIALS (S.), *Textes constitutionnels étrangers*, PUF, coll. Que sais-je ? n°2060, 2^e édition, 1982, p. 5.

² *Ibid.*, p. 8.

³ *Ibid.* p. 17.

s'adresse à « l'opinion de l'humanité ». Elle vise ainsi à justifier aux yeux de l'humanité l'indépendance américaine.

Contrairement aux auteurs des textes antérieurs, les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 avaient une visée universelle. En effet, ce texte n'est ni une sorte de contrat passé entre le peuple et le gouvernement comme les textes anglais, ni une justification de la Révolution comme la Déclaration américaine. « Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». Le but expressément affiché est que ce texte serve de référence à tout gouvernement à tout instant. Ce texte marque, par conséquent, un réel tournant dans l'histoire de la proclamation des prérogatives individuelles. La rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen montre que les dispositions de celle-ci sont des idéaux à atteindre, des « aspirations » pour reprendre l'expression de Villey¹, et non des normes précises directement applicables contrairement aux textes antérieurs. Ainsi, la notion même de liberté est polymorphe. Les philosophes en soulignent le caractère relatif, sa définition variant selon l'époque, le pays ou même les idéaux de son auteur². La liberté apparaît comme une idée abstraite, purement philosophique, qui se concrétise dans les relations sociales, objet du droit, sous la forme de multiples libertés, telles que la liberté d'aller et venir ou la liberté de pensée. Les dispositions de la Déclaration constituent ainsi un simple guide pour les autorités étatiques chargées de déterminer les principes et droits concrétisant dans les relations sociales les prérogatives individuelles proclamées. L'idée d'universalisme et d'intemporalité du droit naturel présente chez Grotius, mais aussi chez certains auteurs antiques tels qu'Ulpien ou Cicéron³, se retrouve ici. En effet, Grotius

¹ VILLEY (M.), *Philosophie du droit Définitions et fins du droit Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, n°85.

² Sur ce point voir notamment COLAS (D.), *Dictionnaire de la pensée politique*, Larousse, 1997, p157 à 159. RAYNAUD (P.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1998, p. 345 à 348 ; FRECHET (H.) et PICY (J.P.), *Lexique d'histoire politique de la France de 1789 à 1914*, Ellipses, 1998, p. 156 à 162. ; RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Points, Essais, 1997, n°32.

³ Sur ce point voir BILLIER (J.C.) et MARYIOLI (A.), *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, coll. Philosophie U, 2001, p. 79 à 80 ; BLOCH (E.), *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, coll. Critique de la politique, 1976, p. 33 à 35.

affirme que le droit naturel, c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives individuelles découlant de la nature humaine, est valide sans promesse, sans engagement des gouvernants de le respecter. Il détache le droit naturel de son contexte politique et social¹.

Certes, diverses théories s'opposent quant à l'origine formelle des textes du XVIII^e siècle. Ils sont considérés « soit comme un aboutissement philosophique des synthèses et des systèmes du Droit naturel moderne du XVIII^e siècle, soit comme un développement des principes de la Réforme protestante sur les terres du Nouveau Monde, soit comme un acte de volonté politique inaugurateur d'un *novus ordo saeculorum* »². Toutefois, quoi qu'il en soit, ces proclamations, et en particulier la Déclaration des droits de l'homme de 1789, sont des textes de réaction aux excès antérieurs. En outre, l'idée d'un encadrement de l'activité étatique, et en particulier du Droit positif, se retrouve dans ces diverses origines. Ainsi, pour Locke, l'obéissance au Droit positif des individus ne repose que sur l'obligation pour l'Etat de respecter leurs droits naturels³. De même, pour Pufendorf, le souverain qui ne respecterait pas le droit naturel commet une injustice. La question est de savoir quelle est la solution offerte au peuple dans une telle hypothèse. Le peuple doit-il « souffrir » ces injustices ou les « repousser par les voies de la force » ? Locke admettait que le peuple puisse refuser d'obéir au souverain violant le droit naturel. En revanche, Pufendorf, dans la lignée de Grotius, refuse tout droit de résistance. Toutefois, le droit naturel doit protéger les individus contre les « rigueurs de l'arbitraire étatique »⁴. Le droit naturel vient, ainsi, encadrer l'activité du souverain. Dans le même sens, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 souligne que « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

24. De même, les textes internationaux postérieurs à la Seconde guerre mondiale proclament des prérogatives individuelles tout en laissant une marge d'appréciation aux autorités étatiques chargées de leur mise en œuvre. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les Etats sont libres d'adopter certaines dispositions au regard des spécificités nationales. A titre d'exemple, en raison de la gravité de ces faits, les Etats peuvent adopter des dispositions extrêmement attentatoires aux valeurs fondamentales afin de lutter contre le terrorisme. Toutefois, ils ne peuvent écartier totalement ces valeurs. La Cour européenne des droits de

¹ BILLIER (J. C.), et MARYIOLI (A.), *op. cit.*, p. 103. DUFOUR (A.), *Droit de l'homme droit naturel et histoire*, PUF, coll. Leviathan, 1991, p. 43 à 68.

² DUFOUR (A.), *op. cit.*, p. 19.

³ BILLIER (J. C.), et MARYIOLI (A.), *op. cit.*, p. 109.

⁴ Sur ce point voir notamment GOYARD-FABRE (S.), Pufendorf et le droit naturel, PUF, coll. Leviathan, 1994, p. 219.

l'homme va, par conséquent, en contrôler la mise en œuvre et s'assurer que l'atteinte portée aux prérogatives individuelles ne dépasse pas le cadre de cette marge d'appréciation¹. Si cette marge d'appréciation permet de respecter la souveraineté des Etats signataires des textes internationaux, elle peut également être interprétée comme soulignant le fait que les prérogatives individuelles proclamées par ces textes constituent, non des règles précises, mais des idéaux à atteindre.

25. La définition même des termes du sujet souligne que l'étude de l'encadrement de la contrainte probatoire suppose nécessairement une approche tant temporelle que spatiale. En effet, cet encadrement varie, par définition, à la fois dans le temps et dans l'espace.

§2- Un sujet variable dans le temps et l'espace

26. La proclamation et l'effectivité des prérogatives individuelles ne sont que le reflet de la conception de l'individu adoptée par une société à un instant t. L'encadrement du pouvoir étatique que constitue la contrainte probatoire va, dès lors, varier dans le temps et l'espace. En effet, non seulement les prérogatives individuelles se multiplient et se renforcent au fil du temps, mais la conciliation entre finalité probatoire et effectivité des prérogatives individuelles conduit à la recherche constante d'un équilibre délicat influencé par l'actualité politique, sociale et judiciaire de l'Etat concerné.

Une approche historique est dès lors nécessaire à une meilleure connaissance et compréhension de l'encadrement de la contrainte probatoire. En effet, « l'histoire du droit contribue à la connaissance et à l'enrichissement du droit national et des droits étrangers. Mais l'histoire du droit figure aussi la trajectoire de l'évolution du droit, les rejets et les assimilations qu'elle a opérés, les résistances et les stimulations qui l'ont marquée. Elle alimente ainsi la recherche du domaine d'application des institutions, celle de l'interprétation des règles du droit. Elle permet d'anticiper sur l'évolution prévisible du droit.... La recherche juridique découvre ainsi dans l'histoire les racines du droit actuel et le sens qu'il convient de lui donner puisqu'on sait que, mis à part quelques points de rupture, l'évolution du droit est généralement lente et qu'elle se

¹ CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre RU, Requête n° 5310/71.

caractérise par sa continuité, c'est-à-dire par la survivance de la règle ancienne dans la règle nouvelle »¹.

De même, une approche comparative permettra d'enrichir cette étude. « La comparaison, science juridique, étudie les règles des divers systèmes juridiques, leurs ressemblances et leurs différences, afin de mieux les connaître. [...] La comparaison permet aussi de découvrir le meilleur modèle juridique »². La connaissance des solutions adoptées par certains Etats quant à l'encadrement de la contrainte probatoire peut, ainsi, permettre de mieux comprendre les enjeux et la portée de certaines réflexions ou propositions en la matière.

27. L'accroissement progressif des prérogatives individuelles proclamées. L'objectif des révolutionnaires lors de la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 était d'empêcher le renouvellement des excès de l'Ancien Régime, tout en assurant l'établissement d'une société nouvelle respectueuse de certaines valeurs inhérentes à la nature humaine et destinées à assurer le « bonheur collectif » au sens de la philosophie des Lumières³. La liberté est, dès lors, au cœur des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle est un principe fondamental de philosophie politique et sociale. Ainsi, l'article 1^{er} lui confère une valeur préexistante à l'ordre social. Selon l'article suivant, elle est un droit naturel et imprescriptible. Aux termes des articles 4 et 5, la liberté est le pouvoir de faire tout ce que la loi n'interdit pas et qui ne nuit pas aux droits d'autrui⁴. La plupart des articles suivants de la Déclaration ne font qu'appliquer à des matières précises ce principe. L'homme de 1789 est libre. Toutefois, dans la droite ligne de la philosophie du contrat social, son action ne doit pas être égoïste et porter atteinte au bonheur collectif, puisqu'il ne doit pas nuire aux droits d'autrui. Il est, ainsi, un individu citoyen au sens de la pensée grecque.

28. Les atrocités de la Seconde guerre mondiale vont être à l'origine d'une volonté, cette fois-ci internationale, de protéger l'individu. Il ne s'agit plus seulement, comme avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de protéger celui-ci en tant que citoyen à l'encontre des excès de l'Etat, mais aussi de le protéger en tant qu'individu membre de l'humanité, « individu

¹ BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e édition, 2003, n°106.

² GAMBARO (A.), SACCO (R.) et VOGEL (L.), *Traité de droit comparé Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, n°3.

³ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. Pluriel, 1988, 771 pages ; CONAC (G.), « L'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in sous la direction de CONAC (G.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993, p. 23.

⁴ Voir notamment ROBERT (J.) et DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1993, p37 à 40 ; PRETOT (X.), « L'article 1^{er} », in sous la direction de CONAC (G.), *La Déclaration des droits de l'homme de 1789*, préc., p. 67 et 68.

singularisé »¹, soit isolément, soit en tant que membre d'une minorité². A côté de la liberté, les textes internationaux mettent en exergue la notion de dignité, chère aux Stoïciens et à Kant, ainsi que de nombreux droits. A la lecture des différents textes, la dignité apparaît soit comme le fondement de l'ensemble des droits et libertés proclamés³, soit comme ayant une valeur équivalente à la liberté⁴. La nature exacte des liens entre dignité, liberté et droits est une question largement controversée⁵ dépassant le cadre de cette étude.

29. La lecture comparée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des textes internationaux conduit à s'interroger sur la place exacte de la présomption d'innocence dans cet ordonnancement. En effet, celle-ci a de nombreuses acceptions auxquelles sont attachés des corollaires variés. Il est possible de retenir trois définitions principales de la présomption d'innocence. La définition originaire tend à la considérer comme une simple règle de preuve⁶ imposant la charge de celle-ci à l'accusation. La rédaction de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 semble résulter de cette conception. Selon une définition plus moderne issue des textes internationaux, la présomption d'innocence constitue soit le socle des droits de la défense, soit une composante de ceux-ci. De nombreux débats subsistent sur ce point. Enfin, selon une définition contemporaine, la présomption d'innocence est un droit subjectif lié à la réputation et à l'honneur de la personne. La présomption d'innocence apparaît dans ce cas comme l'un des éléments de la dignité entendue au sens large et ayant une valeur

¹ FRAISSEIX (P.), « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme ? », *RDP* 2001 p547. Voir également sur cette évolution des droits de l'homme BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, 913 pages ; PAVIA (M.L.), « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994 p.6 ; PELLOUX (R.), « Vrais et faux droits de l'homme, problème de définition et de classification », *RDP* 1981 p. 53.

² Voir également PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France, Les droits fondamentaux, Une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, numéro spécial juillet-août 1998, p. 6 ; CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995 Chr. p. 323 à 329.

³ Il est ici possible de faire référence au préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu à New York le 16 décembre 1966 ou à l'article 1^{er} de la Loi fondamentale Allemande.

⁴ Le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁵ Pour plus de détail sur cette controverse et cette incertitude voir notamment GIMENO-CABRERA (V.), *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 123, 2004, p. 189 à 206 ; BORELLA (F.), « Le concept de dignité de la personne humaine », in sous la direction de PEDROT (P.), *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Bolze (C.)*, Economica, 1999, p.29 à 38 ; EDELMAN (B.), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, Chr. p. 185 à 188.

⁶ Voir notamment BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires, Tome I*, traduit par Dumont (E.), éd. Bossange Frères Libraires Editeurs, 1823, p. 388 à 390 ; LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, Texte remanié Thèse Paris I 1992 ; ESSAÏD (M. J.), *La présomption d'innocence*, Thèse Rabat 1971, n°129 et 133 ; DECOTTIGNIES (R.), *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, Paris, 1950, n°125 ; PATARIN (J.), « Particularismes de la théorie de la preuve en droit pénal », in sous la direction de STEFANI (G.), *De quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 7 à 76 ; DE GASTINES (L.), *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ, 1991, Texte remanié thèse Paris I 1974 n°34.

équivalente à la liberté. Cette controverse dépasse, toutefois, là encore l'objet de cette étude¹. En outre, la difficulté de donner une définition précise de la présomption d'innocence et de ses liens avec d'autres prérogatives individuelles conduira, ici, à écarter la présomption d'innocence comme principe ou droit encadrant la contrainte probatoire, bien que, régulièrement, un lien avec certains des droits et principes étudiés ici puisse être établi.

30. L'accroissement progressif de la valeur des prérogatives individuelles. La prédominance du législateur dans un système romano-germanique, comme le droit français, explique la mise en place relativement tardive et extrêmement limitée d'un contrôle de l'activité de celui-ci et la confiance qui lui était ainsi accordée. En effet, conformément à la philosophie des Lumières et aux idéaux révolutionnaires, le système juridique français du XIXe siècle était fondé sur l'idée que les dispositions législatives, étant une émanation de la volonté populaire, ne pouvaient être contrôlées. La volonté populaire était souveraine et ne pouvait que tendre au bonheur collectif. Les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 faisaient entièrement confiance au législateur pour assurer l'effectivité des prérogatives individuelles. Il faut attendre les premières critiques faites à l'encontre du législateur au cours du XXe siècle pour que l'idée d'un réel contrôle apparaisse. Ainsi, les auteurs de certains textes internationaux, tirant les leçons des atrocités de la Seconde guerre mondiale fondées sur certaines dispositions législatives régulièrement adoptées, se sont montrés soucieux d'assurer le respect effectif des idéaux proclamés en renforçant leur valeur. Certains de ces idéaux ont, en conséquence, acquis une véritable valeur juridique source de contrôle de l'activité des autorités étatiques tant au niveau international qu'interne.

31. Ainsi, alors que certains textes, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme², n'ont, encore aujourd'hui, qu'une valeur morale, d'autres, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ont une véritable valeur juridique fondant le contrôle du respect par la loi française des idéaux constituant une Société démocratique au niveau international. Certes, la condamnation d'un Etat par la Cour européenne a une force principalement morale. En effet, l'Etat condamné n'est pas obligé de réformer sa législation, d'autant que la Cour européenne n'apprécie pas la conventionnalité des dispositions internes de

¹ Voir sur ce point HENRION (H.), *La nature juridique de la présomption d'innocence comparaison franco-allemande*, Editions Montpellier I, 2006.

² CE 30 avril 1990 n°77685, inédit au recueil Lebon.

manière abstraite mais uniquement dans le cadre d'une situation déterminée. De plus, la Cour de cassation affirme régulièrement que les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme « sont sans incidence sur la validité des procédures internes »¹, et « n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales »². Cependant, la multiplication des condamnations d'un Etat peut conduire celui-ci à réformer ses dispositions. De plus, la loi française du 15 juin 2000³ a introduit le pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme qui permet à un individu ayant bénéficié d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme de l'Etat français, de saisir la Cour de cassation d'un réexamen de l'affaire⁴. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme précise, de plus en plus souvent, dans ses arrêts de condamnation les mesures générales et / ou individuelle permettant de régulariser la violation constatée bien que cela ne soit pas prévu par la Convention⁵. Une limite importante reste toutefois posée à ce contrôle international de conventionnalité. En effet, il n'est que subsidiaire, la Cour européenne ne pouvant être saisie d'un recours individuel qu'une fois l'ensemble des voies de recours internes épuisées. La Cour de Justice de l'Union Européenne peut également condamner les Etats ne respectant pas l'ensemble des dispositions de l'Union européenne en vigueur. L'Union Européenne a d'ailleurs adopté, le 18 décembre 2000, la Charte européenne des droits fondamentaux dont l'entrée en vigueur était subordonnée à celle du Traité de Lisbonne. Même avant cette entrée en vigueur « officielle », la CJUE a intégré la Charte dans les normes permettant le contrôle des actes administratifs⁶. Cependant, le contrôle de la CJUE n'est également que subsidiaire. En effet, la saisine de cette juridiction internationale suppose un recours en manquement de la part de la Commission européenne ou d'un autre Etat membre. Les citoyens des différents Etats membres ne peuvent saisir directement la CJUE. Le contrôle du législateur interne par la CJUE paraît ainsi encore plus limité que celui effectué par la Cour européenne des droits de l'homme.

32. Ce contrôle international de la conventionnalité des dispositions législatives internes est, cependant, complété par un contrôle au niveau national. L'article 55 de la Constitution française de 1958 prévoit, en effet, que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès

¹ Voir notamment Crim. 3 février 1993, *Bull.* n°57.

² Crim. 4 mai 1994, *Bull.* n°166.

³ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁴ Article 626-1 du CPP.

⁵ Sur ce point voir RENUCCI (J.F.), « Mesures générales et / ou individuelles : l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2011 p. 193 à 198.

⁶ CJCE 27 juin 2006 Aff C-540/03 Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne.

leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». L'article 55 fonde ainsi un contrôle de la conformité de la loi interne aux dispositions internationales par les juridictions internes à la requête de tout justiciable. Le Conseil constitutionnel dans sa décision IVG de 1975¹ a refusé de contrôler la conventionnalité des lois internes au motif que la Constitution de 1958 ne lui reconnaît compétence que pour le contrôle de constitutionnalité. Aussi, le juge judiciaire², puis le juge administratif³, se sont-ils attribués cette compétence. Certes, cela suppose que le texte international puisse être invoqué devant les juridictions internes. Cela implique que le texte soit d'application directe. Toutefois, la Convention européenne des droits de l'homme est sans conteste d'application directe, les Etats reconnaissant des droits aux individus et ne s'engageant pas seulement à les respecter ou à les reconnaître⁴. En outre, si au regard du texte du Pacte de New York, il ne semble pas que celui-ci soit d'application directe en droit interne, la Cour de cassation a retenu une solution inverse le 13 décembre 1989⁵. Par ailleurs, les traités et règlements de l'Union européenne sont d'application directe⁶ et priment sur toute règle interne même postérieure que ce soit pour la Cour de Justice de l'Union Européenne⁷ ou pour la Cour de cassation⁸. Toutefois, les dispositions du Pacte, ainsi que les dispositions de l'Union européenne, étant souvent redondantes avec les celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, peu de décisions sont fondées sur ces textes. Le texte servant classiquement de fondement au contrôle interne de conventionnalité des lois françaises est en réalité la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

La Cour de cassation a longtemps été réticente à admettre qu'une disposition interne est contraire à cette dernière. Elle affirmait régulièrement la conventionnalité des textes nationaux alors que l'absence de conformité était patente⁹. Cette réticence des juridictions françaises à contrôler la conventionnalité des lois internes peut s'expliquer par la prédominance des textes et la subordination à ceux-ci de la jurisprudence caractéristiques des systèmes romano-germaniques. Cela peut également s'expliquer par la compétence exclusive du Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité des lois. Un contrôle de conventionnalité peut amener les

¹ Cons. Const. Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

² C. Cass. Ch. Mixte 24 mai 1975, Aff. des Cafés Jacques Vabre, *Bull.* n°4.

³ CE 20 octobre 1989 A. Nicolo, *Rev. Lebon* p. 190.

⁴ Article 1 de la CESDH.

⁵ Civ. 1^{ère} 13 décembre 1989, Aff. Alma Mater, *Bull.* n°387.

⁶ Article 189 du Traité UE et CJCE 5 février 1963, Aff. Van Gend en Loos.

⁷ CJCE 15 juillet 1964, Aff. Costa contre Enel.

⁸ Crim. 22 octobre 1970, Aff. Les fils d'Henri Ramel, *Bull.* n°276.

⁹ Cf. infra n°494 et s. notamment.

juridictions judiciaires à contrôler également, de manière indirecte, la constitutionnalité, les dispositions internationales faisant bien souvent écho aux dispositions constitutionnelles. Une décision de la Chambre criminelle pose d'ailleurs sur ce point certaines interrogations. En effet, dans un arrêt du 12 décembre 2007, elle a considéré que « l'appréciation de la conformité des articles 1791, 1798 bis et 1798 ter du Code général des impôts au principe conventionnel de proportionnalité relève du contrôle de leur constitutionnalité et échappe à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire »¹. La Cour de cassation sous-entend-elle que, dès lors qu'un principe a une valeur à la fois conventionnelle et constitutionnelle, elle ne peut procéder à un contrôle des dispositions internes ? Une réponse positive conduirait à s'interroger quant à l'effectivité des prérogatives individuelles à laquelle tend pourtant la mise en place progressive du contrôle des dispositions législatives internes.

33. Ce contrôle de la conformité de l'activité législative aux idéaux proclamés par les différents textes est complété par celui effectué par le Conseil constitutionnel qui s'est considérablement renforcé depuis sa création. Certaines constructions doctrinales, telles que la pyramide des normes de Kelsen, induisaient un tel contrôle au regard de la norme supérieure qu'est la Constitution. Toutefois, seule la Constitution de 1958 institua le Conseil constitutionnel chargé de ce contrôle. Par son intégration au bloc de constitutionnalité en 1971², la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a acquis une véritable valeur juridique et permet un contrôle de l'activité du législateur. La saisine du Conseil constitutionnel a, cependant, dans un premier temps, été strictement encadrée. Malgré l'expansion permise par la loi du 29 octobre 1974³, le contrôle de constitutionnalité restait ponctuel et antérieur à l'entrée en vigueur de la loi. Une telle restriction était contestée, notamment au regard de législations étrangères admettant un contrôle *a posteriori* des lois ou ouvrant la saisine à de simples citoyens. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴ s'est, en partie, inspirée de ces législations étrangères puisqu'elle crée l'exception d'inconstitutionnalité. Désormais, l'article 61-1 de la Constitution prévoit que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil

¹ Crim. 12 décembre 2007, *Bull.* n°311 ; *Dr. Pén.* 2008, comm. n°34 note ROBERT (J.H.); *AJPen.* 2008 p. 88 obs. CHARBONNIER (M.E.); *RTDCom.* 2008 p. 640 obs. BOULOC (B.); DE LAMY (B.), « Quand un impossible contrôle de constitutionnalité exclut un nécessaire contrôle de conventionnalité », *RJC* 2009 p. 162 à 166 ; ROBERT (J.H.), « Irrecevabilité de l'exception d'inconventionnalité de la loi française », *JCP E.* 2008 n°1461.

² Cons. Const. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

³ Loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». La disposition déclarée inconstitutionnelle est abrogée. La saisine du Conseil constitutionnel est ainsi élargie. Cette nouvelle faculté, entrée en vigueur en mars 2010, ouvre un large contrôle de la constitutionnalité des lois tendant à assurer l'effectivité, notamment, des idéaux proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, faculté dont les juridictions judiciaires et administratives ainsi que le Conseil constitutionnel n'hésitent, d'ailleurs, pas à faire usage¹.

La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité a relancé le débat quant à l'articulation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité². La Cour de cassation n'a pas hésité à refuser la transmission de certaines questions prioritaires de constitutionnalité au motif que la disposition contestée est conforme aux traités internationaux et que la question ne présente de ce fait pas un caractère sérieux³. Une telle position paraît, toutefois, contestable puisque le bloc de constitutionnalité paraît, sur certains points, plus protecteur des prérogatives individuelles que les conventions internationales⁴. Le plus souvent, le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité sont, néanmoins, considérés de manière indépendante, l'un n'ayant aucune influence sur l'autre.

Le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité tant interne qu'europpéen conduit à la mise en place d'un véritable « dialogue des juges ». Ainsi, Le Conseil constitutionnel reprend régulièrement les raisonnements et solutions retenus, par exemple, par la Cour européenne des droits de l'homme⁵.

34. Progressivement, les prérogatives individuelles proclamées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les textes internationaux postérieurs à la Seconde guerre mondiale sont ainsi devenues, non plus de simples idéaux guidant l'activité des autorités étatiques, mais des obligations s'imposant à ces dernières et sources d'un véritable contrôle de l'activité de celles-ci, y compris du législateur. Toutefois, à cette variation dans le temps de l'encadrement des pouvoirs étatiques s'ajoute une variation dans le temps des mesures de contrainte liée au contexte social.

¹ Cf. infra n°47 notamment.

² Sur ce point voir notamment DUFOUR (O.), « Question prioritaire de constitutionnalité : quelques points en débat », *LPA* 2009 n°200 p. 3 à 4.

³ Crim. 1^{er} juin 2011, pourvoi n°11-90.034, inédit.

⁴ Cf. infra n°71 et s.

⁵ Voir notamment Cons. Const. Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

35. Une variabilité liée au contexte social. Un certain nombre d'auteurs, tels que Ripert¹, ont mis en exergue le rapport de nature existant entre le droit et les faits sociaux. Monsieur Bergel résume ces théories en soulignant que « en définitive, lente et progressive pour les principes, plus rapide et capricieuse pour la simple technique, l'évolution du droit sous l'action des faits sociaux est une réalité inhérente à la matière juridique dont l'effectivité dépend de son adéquation aux besoins de la vie sociale »². N'échappant pas à ce constat, l'encadrement de la contrainte probatoire a connu un contenu variable selon les époques, au regard du contexte notamment politique et social, malgré l'intangibilité des textes fondateurs que constituent la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, plus tard, la Convention européenne des droits de l'homme notamment. Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'a pas constitué un obstacle à l'adoption de dispositions extrêmement restrictives de la liberté individuelle telles que la loi dite des suspects en 1793. Selon la formule de Saint-Just, il ne pouvait y avoir de liberté pour les ennemis de la liberté. Aussi, en vertu de cette loi, les privations de liberté avant tout jugement étaient-elles facilitées. Par la suite, Napoléon mit en place une commission de la liberté individuelle chargée de contrôler les détentions provisoires. Toutefois, cette commission ne pouvait intervenir qu'à la demande du gouvernement. La Charte de 1815 garantit à son tour la liberté individuelle, mais elle fut suivie d'une législation relative aux ennemis de l'Etat remettant en cause ces dispositions libérales. Le même processus se retrouve avec la Charte de 1830 et la Seconde République. Sous le Second Empire, tout individu signalé comme républicain pouvait, en vertu de la loi de sûreté générale du 27 février 1858, être placé sous la surveillance de la police. Peu à peu, ces dispositions furent assouplies. Ainsi, la loi du 14 juillet 1865 admit la liberté provisoire en matière criminelle et institua la liberté provisoire de droit, sous certaines conditions, en matière correctionnelle. Cependant, la guerre civile, qui a marqué les dernières années du Second Empire, a conduit, en 1871, le gouvernement à adopter des mesures exceptionnelles portant atteinte à la liberté. En revanche, l'avènement de la Troisième République a permis l'instauration d'un véritable régime protecteur des libertés. Ainsi, la loi du 8 décembre 1897 a notamment introduit des garanties de la défense au cours de la procédure pénale, en particulier dans sa phase préparatoire. Dans le même sens favorable à la liberté individuelle, la loi du 7 février 1933 instaura la chambre du conseil ainsi que le mandat à échéance en matière de détention préventive afin d'en restreindre la durée. Toutefois, la chambre du conseil fut supprimée par la loi du 25 mars 1933. A son tour, la loi du 11 juillet 1938 relative à l'organisation

¹ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

² BERGEL (J.L.), *op. cit.*, n°152.

de la Nation en temps de guerre a réduit considérablement la liberté individuelle. A partir de 1940, et même à la Libération, le gouvernement français a institué des juridictions d'exception devant lesquelles la procédure était peu protectrice de la liberté. De même, la guerre d'Algérie a conduit à la mise en place, par l'ordonnance du 13 février 1960, du régime de l'état d'urgence sur le territoire national et à l'extension des pouvoirs des services de police, par exemple en matière de garde à vue¹. La loi du 17 juillet 1970² caractérisa, quant à elle, un retour à un système plus protecteur de la liberté individuelle. Les lois du 6 août 1975 et du 9 juillet 1984 allèrent dans le même sens en matière de détention provisoire. Cependant, à la suite des vagues d'attentat de 1986 et 2001, un renforcement de la contrainte probatoire a pu être constaté³, bien qu'entre temps, la loi du 15 juin 2000⁴ notamment constitue une étape importante quant à la protection des prérogatives individuelles.

Même si les dispositions adoptées dans le cadre de la guerre d'Algérie retardèrent l'adhésion de la France à la Convention européenne des droits de l'homme, l'ensemble des dispositions énumérées coexistaient avec le caractère fondamental accordé à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, plus tard, à la Convention européenne des droits de l'homme. L'idée selon laquelle ces textes n'énumèrent que des idéaux servant de guide aux autorités étatiques mais leur laissant une marge de manœuvre afin d'adapter tant les mesures de contrainte que leur encadrement aux spécificités de la Société concernée notamment par la prise en compte des faits sociaux, peut dès lors être mise en exergue.

Une approche historique sera, ainsi, incontournable tout au long des développements de cette étude.

36. Variabilité dans l'espace. La contrainte probatoire constitue un monopole étatique. En outre, les textes internationaux laissent aux Etats une marge d'appréciation leur permettant d'adapter la contrainte aux spécificités de leur situation politique, économique et sociale. Par

¹ Sur l'histoire de la procédure pénale, du droit pénal et de la protection de la liberté individuelle voir notamment CARBASSE (J.M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^e édition refondue, 2006, 476 pages. ; ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Editions Panthéon Assas, coll. Les incontournables, 2010 (réédition de l'édition de 1882) ; sous la direction de ROBERT (P.), *Entre l'ordre et la liberté La détention provisoire Deux siècles de débats*, Editions L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1992.

² Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

³ Cf. infra n°222 notamment.

⁴ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 préc.

définition, la contrainte probatoire et son encadrement supposent ainsi une certaine variabilité dans l'espace.

37. Chaque Etat, en raison de son monopole en la matière et de la marge d'appréciation laissée par les textes internationaux, est libre de créer les mesures de contrainte lui paraissant les plus adaptées. Aussi, la liste des mesures de contrainte possibles lors de la phase préalable au jugement varie-t-elle selon l'Etat considéré. Ainsi, certaines études de droit comparé mettent en exergue l'inexistence de la garde à vue dans certains Etats, notamment aux Etats-Unis ou en Autriche, malgré la présence de certains mécanismes proches¹. En outre, la définition de mesures de contrainte en apparence identiques en raison de leur appellation dans deux Etats distincts peut conduire à constater des différences fondamentales. A titre d'exemple, la notion de détention provisoire ne désigne pas la même mesure en France et en Belgique. En effet, la détention provisoire française correspond à la mesure de détention préventive belge, la détention provisoire belge correspondant à la rétention pour quelques heures par les services de police, par exemple, notamment, à la vérification d'identité française².

38. En outre, du fait de la marge d'appréciation laissée aux Etats par les textes internationaux s'agissant de la définition et des corollaires des droits et principes garantissant l'effectivité de l'encadrement de la contrainte probatoire, ceux-ci varient d'un Etat à l'autre. Toutefois, quelques problématiques similaires peuvent être relevées entre un certain nombre d'Etats. Ainsi, de nombreux Etats n'ont pas hésité à renforcer la contrainte probatoire à la suite des attentats du 11 septembre 2001 conduisant à s'interroger sur la conciliation de ces nouvelles mesures et le respect effectif des prérogatives individuelles³.

39. Dès lors, il apparaît nécessaire de circonscrire cette étude dans l'espace. Le droit français en sera l'objet. Toutefois, certains exemples de droit comparé pourront être utilement invoqués.

¹ Voir notamment sous la direction de PRADEL (J.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Editions Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1992, p. 47 ; GIUDICELLI (A.) et JUHASZ (C.), « La « garde à vue » dans la législation autrichienne », *RSC* 2011 p. 59 à 68.

² Voir notamment sous la direction de PRADEL (J.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Editions Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1992, p. 47 ; *Les droits du justiciable et la détention provisoire*, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, novembre 2004, p. 25 à 29.

³ Cf. infra n°182. Sur ce point voir notamment LAFAILLE (F.), « Législation antiterroriste et « état d'exception » L'Etat de droit italien à l'épreuve des Années de plomb », *RIDC* 2010 p. 653 à 683 ; ANTOINE (A.), « La question de l'adoption d'un nouveau « Bill of Rights » au Royaume-Uni », *RIDC* 2010 p. 686 à 706.

§3- L'Intérêt du sujet

40. Les insuffisances des classifications de la contrainte. Lorsqu'il est confronté à des situations juridiques proches mais variées, le juriste a l'habitude de procéder à des classifications. La classification, régulièrement utilisée en droit, suppose une analyse des objets étudiés puis un regroupement des objets ressemblants et une séparation des objets différents¹. L'auteur de la classification va prendre en compte certains critères afin de l'élaborer. Une fois cette classification construite, certaines conséquences juridiques en sont déduites.

41. S'agissant de la contrainte probatoire, sont généralement distinguées les mesures de contrainte simplement restrictives de liberté et les mesures privatives de liberté. Cette distinction est expressément reprise par l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. Alors que le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence sous surveillance électronique sont qualifiés de « mesure restrictive de liberté »², la détention provisoire est qualifiée de « mesure privative de liberté »³. L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme définit un régime juridique spécifique aux mesures privatives de liberté.

Il convient, dès lors, d'étudier les critères de distinction entre privation et restriction de liberté. Le Conseil constitutionnel considère que la privation de liberté implique un enfermement ou une situation pouvant y être assimilée en raison du degré de contrainte imposé et de sa durée⁴. La Cour européenne semble, quant à elle, avoir opté pour une appréciation *in concreto* des mesures qui lui sont soumises. Elle a établi au fil de ses décisions une liste de critères d'appréciation. L'arrêt Engel et autres du 8 juin 1976 permet d'illustrer cette méthode. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a dû apprécier des sanctions disciplinaires prises à l'encontre de plusieurs militaires. Elle a distingué selon chaque type de mesure ordonné en l'espèce. Les arrêts simples et aggravés retenus à l'encontre de certains de ces militaires ne sont pas, selon la

¹ MATHIEU-IZORCHE (M.L.), *Le raisonnement juridique*, PUF, Paris, 2001, p. 24.

² Article 421-1 de l'avant-projet de code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 : « le contrôle judiciaire consiste en une mesure restrictive de liberté ordonnée par le juge de l'enquête et des libertés par laquelle la partie pénale est astreinte à respecter une ou plusieurs obligations ou interdictions déterminées par ce magistrat ». Article 422-1 de l'avant-projet : « L'assignation à résidence avec surveillance électronique constitue une mesure restrictive de liberté ordonnée par le juge de l'enquête et des libertés, obligeant la partie pénale à demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée par ce magistrat et de ne s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs qu'il détermine ».

³ Article 431-1 de l'avant projet : « La détention provisoire constitue une mesure privative de liberté ordonnée par le juge de l'enquête et des libertés par laquelle la partie pénale est, à titre exceptionnel, détenue dans un établissement pénitentiaire, en raison des nécessités de l'enquête ou à titre de mesure de sûreté, dans des conditions et pour des durées limitativement fixées par la loi ».

⁴ Cons. Const. n°92-307 DC du 25 février 1992 dite Zone de transit.

Cour européenne, une privation de liberté au sens de la Convention puisque les intéressés n'étaient pas incarcérés mais simplement assignés chez eux, à la caserne ou dans un local spécial, et continuaient d'accomplir leurs tâches quotidiennes. Au contraire, les arrêts de rigueur ont été qualifiés de privations de liberté, les individus étant obligés de demeurer en cellule de jour comme de nuit et écartés de leur service. De même, l'affectation à une unité disciplinaire constituait, selon la Cour, une privation de liberté puisque les individus ne pouvaient sortir de l'établissement dans lequel ils côtoyaient des condamnés et étaient soumis à un enfermement cellulaire de nuit¹. Il est dès lors possible de considérer que les critères de la privation de liberté, selon la Cour européenne des droits de l'homme, sont au nombre de quatre. Il s'agit du fait que l'espace dans lequel l'individu peut se déplacer soit limité, que l'individu soit obligé de « résider » dans un bâtiment officiel de l'Etat ou du moins désigné par celui-ci, qu'il ne puisse fréquenter que des personnes se trouvant dans la même situation que lui ou des membres de la police, et enfin qu'il ne puisse pas exercer son activité habituelle. La Cour européenne a fait application de ces critères à diverses reprises, qualifiant, par exemple, l'assignation à résidence sur une île ne comportant qu'un pénitencier, de privation de liberté². Plus récemment, elle a rappelé que « pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée »³.

Au regard de ces critères et des conséquences juridiques de cette distinction, l'absence de rattachement expresse de la garde à vue à l'une de ces deux catégories par l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 paraît étonnante. Toutefois, selon la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, « entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »⁴.

En effet, les classifications, qu'elles soient d'origine doctrinale ou jurisprudentielle, sont relatives. L'élaboration d'une classification laisse à penser que l'ensemble des objets réunis dans une

¹ CEDH 8 juin 1976 Engel et autres, *AFDI* 1977 p. 480 à 488 note PELLOUX (R.), *JDI* 1978 p. 695 à 702 note ROLLAND (P.).

² CEDH 6 novembre 1980, Guzzardi contre Italie, Requête n° 7367/76, *AFDI* 1979 p. 391 et 392 note COHEN-JONATHAN (G.) et JACQUE (J.P.), *JDI* 1982 p. 204 à 209 note ROLLAND (P.), *AFDI* 1981 p. 291 à 296 note COHEN-JONATHAN (G.) et JACQUE (J.P.).

³ CEDH 25 juin 1996, Amuur contre France, Requête n° 19776/92, § 42 ; CEDH 29 mars 2010, Medvedyev contre France, Requête n° 3394/03.

⁴ CEDH 6 novembre 1980, Guzzardi contre Italie, préc., § 92 ; CEDH 25 juin 1996, Amuur contre France, préc. ; CEDH 29 mars 2010, Medvedyev contre France, préc..

catégorie sont soumis aux mêmes règles juridiques¹. La détermination des critères de classification, et leur mise en œuvre, rend nécessaire une appréciation de la part de l'auteur, appréciation qui, par définition, ne peut être totalement objective. D'ailleurs, l'application des critères de distinction entre privations et restrictions de liberté à certaines mesures de contrainte laisse sceptique sur la qualification exacte à retenir. Ainsi, si le Conseil constitutionnel et la Cour européenne prennent en compte la durée de la mesure, ils ne déterminent pas précisément la charnière temporelle entre restriction et privation. Dès lors, le contrôle d'identité qui peut être suivi d'une vérification d'identité, ne pouvant durer que quelques heures, est-il une simple restriction ou une véritable privation de liberté? Le Conseil Constitutionnel a qualifié dans un premier temps le contrôle d'identité de simple restriction de la liberté individuelle ne relevant pas de l'article 66 de la Constitution, puis quelques années plus tard a étendu cet article à cette mesure, la qualifiant dès lors de privation de liberté². De même, l'application de ces critères au contrôle judiciaire conduit, de prime abord, à qualifier celui-ci de simple restriction de liberté, conformément à la volonté du législateur de 1970 qui a créé cette mesure comme un intermédiaire entre la liberté totale et la détention provisoire, mesure privative de liberté. Il ne faut pas oublier que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie la mesure de privation ou de simple restriction au regard des faits de l'espèce dont elle est saisie et non du seul texte régissant cette mesure. Si un juge impose au titre du contrôle judiciaire à une personne une interdiction de sortir de certaines limites territoriales strictement définies, de voir certaines personnes et de pratiquer certaines activités, sa situation sera comparable à celle de l'affaire Guzzardi³. Le contrôle judiciaire pourrait dès lors parfaitement devenir une véritable privation de liberté. La classification privation et restriction de liberté paraît ainsi, comme de nombreuses classifications, poreuse.

42. D'autres classifications de la contrainte sont parfois proposées. Ainsi, Monsieur Buisson propose deux classifications. La première distingue la contrainte médiate et la contrainte immédiate. La seconde est fondée sur la distinction entre contrainte matérielle et contrainte psychologique. La contrainte immédiate suppose une application directe de la norme alors que la contrainte médiate consiste en l'application de la norme après une décision administrative ou

¹ Voir notamment Eisenmann (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966 n°11 p. 29 ; TROPER (M.), « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP* 1989 p. 945 à 956; LEMOINE (C.), *La distinction en droit Une approche épistémologique*, Thèse Lyon 3, 2009, 404 pages.

² Sur ce point voir Cons. Const. n°80-127DC du 19 et 20 janvier 1981 Sécurité et liberté ; Cons. Const. n°93-323 DC du 5 août 1993 ; PENA-GAÑA (A.), *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir*, Thèse Aix-en-Provence, 1998, n°257 à 287.

³ CEDH 6 novembre 1980, Guzzardi contre Italie, préc..

d'un juge. La contrainte matérielle consiste en l'usage de la force. La contrainte psychologique est le pouvoir d'ordonner. Là encore, l'application de ces critères peut poser certaines interrogations. En effet, certaines mesures de contrainte semblent pouvoir changer de catégorie selon le contexte de leur mise en œuvre. Ainsi, une perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête préliminaire supposant l'accord de l'individu, il est possible de la qualifier de contrainte psychologique. En revanche, dans le cadre de l'enquête de flagrance, aucun accord n'est exigé. Les services font alors usage de la force. La perquisition est dans cette hypothèse une contrainte matérielle. De même, une perquisition réalisée hors des heures légales sur autorisation du juge des libertés et de la détention peut être qualifiée de contrainte médiate, alors qu'en principe il s'agit d'une contrainte immédiate. En outre, pour une même classification des critères différents peuvent être donnés par un autre auteur. Ainsi, Monsieur Murbach a-t-il donné une autre définition de la contrainte médiate¹.

43. Alors que l'objectif classique d'une classification en droit est d'en déduire un régime juridique, cela ne paraît pas toujours être possible en la matière. Malgré l'intérêt certain de ces diverses classifications proposées, les multiples réformes législatives ponctuelles conduisent à constater l'impossibilité de leur attacher avec certitude un régime juridique propre.

44. Les insuffisances des distinctions résultant du cadre de mise en œuvre de la contrainte. Au stade de l'enquête policière, le Code de procédure pénale distingue l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance. A cette dichotomie peut s'ajouter un troisième cadre, bien qu'il ne soit pas expressément visé par le législateur, à savoir l'enquête proactive². Cette distinction est fondée sur l'idée que le pouvoir de contrainte ne serait pas identique selon le cadre de mise en œuvre. Ainsi, l'enquête préliminaire serait non coercitive contrairement à l'enquête de flagrance. L'enquête proactive serait encore plus contraignante que l'enquête de flagrance. En réalité, le pouvoir de contrainte existe également dans le cadre de l'enquête préliminaire. Seules quelques différences de mise en œuvre peuvent être constatées lorsque l'on compare les mesures de contrainte susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre des enquêtes de flagrance et préliminaire. L'un des exemples classiquement donné pour fonder cette distinction est l'exigence

¹ MURBACH (M.), *Les pouvoirs d'investigation en droit français Essais d'une théorie générale*, Thèse Université Jean Moulin Lyon 3 2010, p. 49 à 51.

² Voir notamment PRADEL (J.), « De l'enquête pénale proactive Suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, Chron. p. 57.

ou non de l'accord de la personne au domicile de laquelle la perquisition se déroule. Dès lors, ces différences renvoient, non pas à l'existence du pouvoir de contrainte, mais à la classification contrainte matérielle / contrainte psychologique. Quant à l'enquête proactive, il conviendrait tout d'abord d'en obtenir une définition claire. En effet, là encore presque autant de définitions que d'auteurs peuvent être constatées¹. Selon la définition adoptée, le pouvoir de contrainte peut varier d'intensité. Le régime juridique peut dès lors varier.

Classiquement sont également opposées enquête et instruction. En effet, certaines mesures, telles que la détention provisoire, les écoutes téléphoniques, le contrôle judiciaire ou l'assignation à résidence sous surveillance électronique, ne peuvent être mises en œuvre que dans le cadre de l'instruction. Toutefois, si cette distinction fonde l'établissement d'une liste de mesures de contrainte partiellement différente selon le stade de la procédure, cela ne remet pas en cause l'existence du pouvoir de contrainte. Seules ses manifestations vont varier.

Là encore, la mise en place d'un régime juridique spécifique à chacune des situations visées par la distinction paraît difficile.

45. Un régime juridique critiqué. La phase préalable au jugement est essentielle « dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès »². D'ailleurs, dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil Constitutionnel a souligné que, bien souvent, les éléments recueillis lors de la garde à vue constituent les éléments principaux présentés aux juridictions de jugement³. En outre, la personne mise en cause se trouve dans une situation de vulnérabilité. En effet, la Cour européenne estime qu'« un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves »⁴. Au titre de la complexité croissante des règles de la procédure pénale, il faut noter que les mesures de contrainte probatoires se multiplient au fil du temps et que les règles applicables pour une même mesure peuvent varier selon le contexte, comme le montre l'exemple de la garde à vue qui est aujourd'hui soumise à trois régimes

¹ Voir par exemple PRADEL (J.), « De l'enquête pénale proactive Suggestions pour un statut légal », préc. ; MOLINA (E.), *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, p. 283 ; MURBACH (M.), *Les pouvoirs d'investigation en droit français Essais d'une théorie générale*, op. cit., p. 107 à 112 ;

² *Can c. Autriche*, n° 9300/81, rapport de la Commission du 12 juillet 1984, § 50 ; CEDH 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*, Requête n° 36391/02, §54.

³ Cons. Const. Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

⁴ CEDH 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*, préc., §54.

différents¹. L'ordre de mission de la Commission Léger souligne, d'ailleurs, l'absence de cohérence de la procédure pénale actuelle².

46. De plus, tant la Cour européenne des droits de l'homme que, plus récemment, les juridictions internes soulignent régulièrement l'absence d'effectivité du respect des idéaux résultant des textes fondateurs des droits de l'homme dans le cadre de la contrainte probatoire en droit français. L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle en matière de détention provisoire est sur ce point assez marquante. Peu après la ratification de la Convention par la France, la Cour de cassation a affirmé sans plus de précision que « les dispositions du code de procédure pénale ne sont pas incompatibles avec les termes des articles 5 et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales applicable en France »³. Par la suite, la chambre criminelle n'a pas hésité à affirmer, de manière totalement contradictoire avec le texte et la jurisprudence européenne, que « l'article 5 par. 1-c, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne concerne que les conditions dans lesquelles une personne peut être arrêtée et détenue "en vue d'être conduite devant l'autorité judiciaire compétente" et ne s'applique pas aux décisions de justice qui se prononcent sur la mise en détention ou le maintien en détention de celle-ci, comme c'est le cas en l'espèce »⁴. La Cour de cassation a ensuite admis de contrôler la conformité de la détention provisoire sur le fondement de l'article 5 de la Convention⁵. Toutefois, elle affirmait de manière constante la totale conformité du droit interne à ce texte. Après quelques années de cette jurisprudence peu satisfaisante, la Cour de cassation a constaté régulièrement l'absence de conformité de certaines mesures de contrainte aux idéaux proclamés par la Convention européenne. Ainsi, le 15 avril 2011, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu quatre décisions⁶ relatives à des gardes à vue prononcées dans le cadre du contentieux d'étrangers en situation irrégulière. L'Assemblée plénière estime que le droit en vigueur est contraire à la jurisprudence de la Cour européenne imposant une assistance d'un avocat « dès le début de la

¹ A savoir le régime de droit commun, le régime lié à la délinquance et la criminalité organisée et le régime applicable en matière de terrorisme. Il faut noter que la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 a maintenu ces différents régimes.

² LUCAZEAU (G.), « L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009, n°10, dossier n°5.

³ Crim. 3 juin 1975, *Bull.* n°141.

⁴ Crim. 3 janvier 1986, non publié au bulletin, *D.* 1986 p. 137 et 138 note KOERING-JOULIN (R.).

⁵ Crim. 18 février 1986, *Bull.* n°66. Pour plus de détails sur cette évolution voir JEANDIDIÉ (W.), « Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et Code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la Chambre criminelle », *RSC* 1986 p. 711 à 720.

⁶ Ass. Plén. 15 avril 2011, pourvois n°10-17.049, 10-30.242, 10-30.313 et 10-30.316 ; *Rev. Pénit.* 2011 p. 384 Chr. RIBEYRE (C.) ; *RSC* 2011 p. 410 Chr. GIUDICELLI (A.).

mesure et pendant ses interrogatoires » et affirme que « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». Elle refuse ainsi implicitement de moduler dans le temps les effets de son constat de l'absence de conformité des textes internes à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme elle y était invitée. Cette solution est parfaitement conforme à l'article 55 de la Constitution et au principe de l'application immédiate des revirements de jurisprudence. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs récemment admis qu'une application immédiate des revirements de jurisprudence n'était pas contraire à l'article 6 dès lors qu'ils ne privaient pas l'individu de son droit à un recours effectif¹.

47. Une problématique pressante. Au cours de ces quarante dernières années, le législateur français a multiplié les réformes ponctuelles des mesures de contrainte probatoires le plus souvent en réaction, soit à des condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, soit à la suite d'événements particulièrement graves, soit d'affaires faisant réagir l'opinion publique et mettant en cause la justice elle-même, soit récemment sur l'impulsion des juridictions internes. Ainsi, les attentats du 11 septembre 2001 ont été suivis de l'adoption en urgence du projet de loi relatif à la sécurité quotidienne du 31 octobre 2001 modifiant les dispositions relatives aux fouilles des véhicules et des personnes. Depuis, plusieurs lois ont renforcé les dispositions portant atteinte à la liberté individuelle au cours des procédures pénales relatives à des faits de terrorisme.

Cette multiplication des réformes, qui s'étend, d'ailleurs, à l'ensemble de la procédure pénale et dont les mesures de contrainte ne sont qu'une illustration, fait penser « à un bateau ivre qui vogue au gré des courants de l'actualité de plus en plus loin de la « vérité judiciaire » chère à Faustin Hélie » selon les termes de Monsieur Gassin². Cette instabilité législative souligne la difficulté de trouver un équilibre satisfaisant entre, d'une part, l'effectivité du respect des prérogatives fondamentales des individus et, d'autre part, les prérogatives des autorités étatiques. Cette instabilité fait, toutefois, figure en quelque sorte de « fuite en avant ». En effet, le législateur procède par petites touches sans réflexion d'ensemble conduisant à certaines contradictions, à certains « oublis » et, surtout, à une modification de l'équilibre général mis en place entre les

¹ CEDH 26 mai 2011, Legrand contre France, Requête n°23228/08.

² GASSIN (R.), « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Mel. PRADEL (J.), Le droit pénal à l'aube du Troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 109 à 120.

prérogatives des individus et celles des autorités étatiques. Ainsi, en matière de garde à vue, le Conseil constitutionnel a souligné, le 30 juillet 2010, que depuis 1993 « certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le Code de procédure pénale »¹. Aussi, le gouvernement a-t-il décidé de mettre en œuvre une réflexion relative à une réforme d'ensemble de la procédure pénale française. Cette réflexion n'a débouché, pour l'instant, que sur l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. Celui-ci a été largement critiqué, certains auteurs allant même jusqu'à le qualifier de « prématuré, trompeur, mal inspiré quant à ses innovations et d'un conservatisme désolant sur ce qu'il conviendrait de changer »².

Toutefois, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel, puis la Cour de cassation, ont souligné l'urgence de réformer le régime de certaines mesures de contrainte probatoire afin que celui-ci soit parfaitement respectueux des droits et principes les encadrant. Par une décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle certaines dispositions de la garde à vue de droit commun au motif qu'elles ne respectaient pas différents principes et droits constituant l'encadrement de la contrainte probatoire. En conséquence, ces dispositions sont abrogées à compter du 1^{er} juillet 2011. Le Conseil constitutionnel a raisonné de la même manière s'agissant de la retenue douanière³. De même, le 19 octobre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu trois arrêts dans lesquels elle déclare les régimes de la garde à vue de droit commun et de la garde à vue en matière de stupéfiants contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, comme le Conseil constitutionnel avant elle, elle nuance la portée de ces décisions en décidant que ces « nouvelles règles » ne s'appliqueront qu'à partir du 1^{er} juillet 2011⁴. Les plus hautes juridictions françaises ont ainsi posé un ultimatum au législateur.

48. A la suite de ces décisions, le gouvernement a décidé d'élaborer un projet de loi relatif à la garde à vue, estimant que « la réforme de l'ensemble de la procédure pénale ne [peut], en raison de son ampleur sans précédent, être achevée à cette date »⁵. Ce projet de loi⁶ a débouché sur la loi du 14 avril 2011, devant entrer en vigueur le 1^{er} juin 2011, modifiant le régime juridique applicable

¹ Cons. Const. Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

² RASSAT (M.L.), « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP* 2010 Aperçu rapide 369.

³ Cons. Const. Décision n°2010-32 QPC du 22 septembre 2010.

⁴ Crim. 19 octobre 2010, 3 arrêts, pourvois n°10-82306, 10-82902 et 10-85051.

⁵ Motifs du l'avant-projet de loi sur la garde à vue présenté le 7 septembre 2010.

⁶ Loi n°2011-392 relative à la garde à vue.

à la garde à vue et à la retenue douanière. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans ses quatre décisions du 15 avril 2011, s'est montrée moins patiente que la chambre criminelle, conduisant à une application immédiate de certaines dispositions de cette loi. Les effets pratiques des décisions du 15 avril 2011 sont toutefois exceptionnels. En effet, par ces quatre décisions l'Assemblée plénière a conduit à une mise en vigueur, dès le 15 avril au soir, de certaines dispositions de la loi du 14 avril 2011. A défaut, toutes les gardes à vue mises en œuvre auraient, en effet, été susceptibles d'être annulées. Cette mise en œuvre anticipée a entraîné un certain nombre de difficultés pratiques. L'idée d'un gouvernement des juges, consistant à enserrer le pouvoir politique dans des limites juridiques trop étroites¹, a été invoquée à la suite de ces quatre décisions. Si cette critique peut paraître excessive, il n'en demeure pas moins vrai que ces décisions sont délicates. En effet, sous une apparente application parfaitement stricte du droit, elles montrent, certes, le renforcement du rôle que souhaite jouer la Cour de cassation en tant que gardienne des idéaux issus des textes fondateurs des droits de l'homme, mais surtout, la contrariété existant entre le régime juridique actuel de la contrainte probatoire et ces derniers.

49. A la suite de l'Assemblée plénière, la chambre criminelle n'a pas hésité à sanctionner des juridictions de fond ayant refusé d'annuler certains procès-verbaux établis au cours de gardes à vues ou retenues douanières au regard du droit au silence et du droit à l'assistance d'un avocat issus de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme allant bien au-delà des dispositions législatives alors en vigueur². Cette position désormais extrêmement rigoureuse de la Cour de cassation souligne l'urgence de mettre en conformité le régime juridique interne de la contrainte probatoire aux idéaux résultant des textes fondateurs des droits de l'homme. Il est d'ailleurs regrettable que le législateur ne se soit de nouveau concentré que sur certaines mesures de contrainte.

50. Annonce du plan. Dès lors, il convient de s'interroger sur la possibilité de dépasser les distinctions doctrinales et jurisprudentielles établies en matière de contrainte probatoire. La recherche de l'effectivité du respect des idéaux résultants des textes fondateurs des droits de l'homme permet-elle de tracer un cadre général de la contrainte probatoire allant au-delà de ces distinctions ? Le fait de s'extraire de ces classifications et d'envisager la contrainte probatoire dans

¹ JESTAZ (P.), *Le droit*, 6^e édition, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2010, p. 33.

² Voir notamment Crim. 11 mai 2011, pourvoi n°10-85415 ainsi que plusieurs décisions de la chambre criminelle rendues le 31 mai 2011.

son ensemble et non de manière casuistique, permettrait-il de reconstruire un système conduisant à une meilleure effectivité des idéaux internationaux et constitutionnels ?

51. Confrontés à une instabilité législative chronique et à une jurisprudence de plus en plus stricte, il paraît nécessaire de s'extraire de l'approche consistant à étudier chaque mesure, ou chaque catégorie de mesures, l'une après l'autre. Une perspective chronologique des prérogatives individuelles fondamentales est ici privilégiée. Cette approche amène à déterminer les mécanismes juridiques mis en place afin de concilier respect des prérogatives individuelles et pouvoir de contrainte. Elle conduit également à vérifier l'efficacité de ces mécanismes à assurer l'effectivité de ce respect afin de mieux comprendre les multiples réformes dont ont fait l'objet les mesures de contrainte probatoire ainsi que les débats actuels.

52. Cette approche fondée sur une perspective chronologique des prérogatives individuelles conduit à constater que l'encadrement de la contrainte probatoire s'est progressivement renforcé. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, généralement considérée comme un modèle en matière de prérogatives individuelles, en proclamant la liberté a eu pour conséquence la mise en place d'un premier encadrement aujourd'hui classique¹. Les textes postérieurs à la Seconde guerre mondiale ont, quant à eux, mis en exergue les droits de l'homme, et non plus seulement sa liberté. Ces textes ont, dès lors, fondé un nouvel encadrement de la contrainte probatoire. Ce dernier ne se substitue toutefois pas au premier. Ces deux encadrements sont aujourd'hui complémentaires.

53. A un encadrement désormais classique de la contrainte probatoire tendant à l'effectivité de la liberté individuelle (Partie I), s'est ainsi ajouté un encadrement contemporain tendant à l'effectivité des droits de l'homme (Partie II).

¹ La notion de classique se définit, selon le *Littre*, comme ce qui est regardé comme un modèle. Cette notion de modèle renvoie à son tour à l'idée de persistance dans le temps.

Partie I
L'encadrement classique :
L'effectivité de la liberté individuelle

54. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Au regard de la définition de la liberté individuelle adoptée par le Conseil constitutionnel¹, cette énumération paraît quelque peu redondante, la sûreté étant l'une des composantes minimales de la liberté individuelle. Cette redondance et la place accordée à la liberté au sein de cette énumération soulignent que la liberté individuelle est l'idéal révolutionnaire par excellence. En l'absence de respect des droits naturels et imprescriptibles de l'homme énumérés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une Société « n'a point de Constitution » ajoute l'article 16. L'objectif des rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était ainsi d'assurer la proclamation universelle de ces droits naturels et imprescriptibles. Au XXe siècle, la préoccupation essentielle n'est plus la seule proclamation des prérogatives individuelles. Désormais, leur effectivité est l'objectif premier². Une Société au sein de laquelle le respect de la liberté individuelle ne serait pas effectif ne pourrait être qualifiée de Société démocratique au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, toute activité des autorités étatiques doit être encadrée afin d'assurer l'effectivité de la liberté individuelle. La contrainte probatoire est, par conséquent, soumise à un certain nombre de conditions. A ce titre, une mesure de contrainte probatoire, quelle que soit sa nature, ne peut être arbitraire (Titre I) et doit être raisonnable (Titre II).

¹ Cf. supra n°13.

² Cf. supra n°31 et s.

Titre I

Une contrainte non-arbitraire

55. Légalité et légitimité sont considérées comme les piliers de toute construction politique¹. Tout pouvoir politique illégal ou illégitime serait arbitraire. En effet, « lorsqu’on exige qu’un pouvoir soit légitime, on demande que celui qui le détient ait un juste titre pour le détenir ; lorsqu’on invoque la légalité d’un pouvoir, on demande qu’il soit exercé justement c’est-à-dire d’après les lois établies »². Les théoriciens du pouvoir politique s’interrogent régulièrement sur les liens unissant ces deux notions. Il existe un certain flou sur ce point puisque, régulièrement, légalité et légitimité se confondent. Toutefois, « légalité et légitimité ne peuvent s’identifier que si la légalité est la garantie du libre développement de la personnalité humaine »³. Aussi, dans une Société fondée sur l’idée que la légalité est nécessairement conforme au bonheur collectif, le simple respect de celle-ci permet de considérer le pouvoir politique établi comme étant légitime. La légalité permet de présumer la légitimité du pouvoir. En revanche, dès lors que la seule légalité n’assure plus la protection des prérogatives individuelles, la légitimité devient une condition autonome du pouvoir politique⁴. Certes, cette évolution et ces débats sont relatifs aux gouvernements. Toutefois, les mêmes constats semblent pouvoir être établis s’agissant de la contrainte probatoire. En effet, la création d’une atteinte à la liberté individuelle laissée à la libre volonté des autorités publiques serait synonyme d’arbitraire. Au regard de la Déclaration des droits de l’homme de 1789, constituant une limite à la liberté de chacun, la contrainte probatoire ne peut être créée que par le législateur. Cependant, au XXe siècle, la crise de la loi a peu à peu conduit à la consécration de l’obligation pour le législateur interne de justifier la création et l’attribution des mesures de contrainte mises en place. Aujourd’hui, la contrainte probatoire ne doit pas seulement être légale (Ch. 1), elle doit également être légitime (Ch.2).

¹ PASSERIN D’ENTREVES (A.), « Légalité et légitimité », in *L’idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 29 à 41.

² BOBBIO (N.), « Sur le principe de légitimité », in *L’idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 47 à 60.

³ Ibid.

⁴ Voir notamment COTTA (S.), « Eléments d’une phénoménologie de la légitimité », in *L’idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 61 à 86.

Ch1- Une contrainte légale

56. La légalité du pouvoir politique est la garantie minimale contre l’arbitraire. La même remarque semble pouvoir être exprimée à l’égard des atteintes à la liberté individuelle. En effet, en vertu de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». La Déclaration pose ainsi le principe de légalité de toute atteinte à la liberté individuelle. En son sens originel, le principe de légalité « est un principe de compétence exclusive du législateur »¹. Ainsi, seul le législateur peut, selon les rédacteurs de la Déclaration des droits de l’homme, créer une mesure de contrainte. Ce principe a encore aujourd’hui une valeur fondamentale (I). Pour autant, il semble que son respect ne soit, en pratique, que relatif (II).

Section I - Un principe fondamental dans son énoncé

57. La compétence exclusive du législateur en matière de contrainte apparaît traditionnellement comme une garantie de la liberté individuelle (§1). Cela conduit le législateur à établir progressivement une liste exhaustive des titres de contrainte (§2).

§1- La légalité garantie de la liberté individuelle

¹ ZEROUKI (D.), *La légalité criminelle Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Thèse Lyon III, 2001, notamment n°8.

58. La valeur fondamentale de la liberté individuelle (A) a conduit les philosophes des Lumières et les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme à accorder une compétence exclusive au législateur s'agissant de la création de la contrainte probatoire. En effet, en raison de la confiance accordée à la loi (B), seul le législateur présente toutes les qualités nécessaires pour assurer le respect de la liberté individuelle. Cette idée traditionnelle a perduré jusqu'à nos jours.

A- La valeur fondamentale de la liberté individuelle

59. La valeur fondamentale accordée à la liberté individuelle est un héritage de la philosophie des Lumières (1°). Les nombreuses qualifications qui lui ont été données depuis ne font que souligner cette valeur (2°).

1°/ Un héritage de la philosophie des Lumières

60. En accordant une valeur fondamentale à la liberté individuelle, les rédacteurs de la Déclaration de 1789 consacrent la théorie du contrat social de la philosophie des Lumières.

61. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une Société ne respectant pas la garantie des droits « n'a point de constitution ». L'exercice de sa liberté par un individu ne doit toutefois pas « nuire à autrui ». Aussi, l'article 4 de la Déclaration admet-il la possibilité de créer des mesures attentatoires à la liberté dès lors que cela permet d'assurer « aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits »¹. Chargé d'assurer un équilibre entre les libertés et droits de chacun des membres de la Société, le pouvoir politique se voit reconnaître la faculté de limiter ces droits et libertés dans l'intérêt général. En procédant à cet équilibre entre les libertés et droits de chacun, le pouvoir politique ne doit, toutefois, pas porter une atteinte injustifiée à ces mêmes droits et libertés. Les auteurs de la Déclaration soulignent ainsi l'importance fondamentale accordée aux divers droits énumérés par l'article 2, en particulier à la liberté individuelle. En effet,

¹ COSTA (J.P.), « L'article 4 », in sous CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaire*, Economica, 1993, p. 101 à 111.

le pouvoir politique doit, à la fois, assurer le respect de la liberté individuelle par chacun des membres de la Société et la respecter lui-même. La théorie du contrat social se retrouve ici¹.

62. La théorie du contrat social. Pour les tenants du contrat social, le respect de la liberté individuelle serait à l’origine de ce dernier, les individus renonçant à une part de leur liberté afin de parvenir à un état plus protecteur de leur bonheur. L’Etat serait le mieux à même d’assurer cette protection de la liberté individuelle. Il est chargé de concilier les différentes libertés pour assurer le bien commun, l’intérêt général. Devant protéger la liberté, l’Etat doit intervenir dès lors que l’exercice de celle-ci met en péril la liberté des autres ou les institutions étatiques. Quand il n’y a plus d’Etat, la liberté ne peut plus être protégée². A contrario, si l’Etat ne respecte pas la liberté individuelle et lui porte une atteinte non nécessaire à l’intérêt général, les membres du groupe peuvent considérer que le contrat social n’est pas respecté³. La liberté, au cœur du contrat social, est ainsi à la fois limitée au nom de sa propre protection et érigée en borne du pouvoir étatique.

63. Au fil du temps, diverses qualifications ont été données à la liberté individuelle. Elles conduisent à s’interroger sur sa place dans la hiérarchie des valeurs protégées par le droit français.

2°/ Les qualifications de la liberté individuelle

64. La liberté individuelle a été qualifiée tour à tour de liberté publique, de droit de l’homme, de liberté fondamentale et de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Chacune de ces qualifications a fait l’objet de nombreux débats, plusieurs définitions étant systématiquement proposées.

¹ MORANGE (J.), *Droits de l’homme et libertés publiques*, PUF, coll. Droit fondamental droit politique et théorique, 5^e édition revue et augmentée, 2000, n°28 ; HAYEK (A.F.), *Droit, législation et liberté*, Tome I, PUF, 1985, p. 68.

² BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, p. 166 à 168 ; GOYARD-FABRE (S.) et SEVE (R.), *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 2^e édition, 1993, p. 249 ; BINET (M.), *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires*, Thèse Nancy, 1936, p. 11. Dans le même sens voir RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Seuil, coll. Empreintes, 1987, n°39 ; HAYEK (A.F.), *Droit, législation et liberté*, Tome 3, PUF, 1979, p. 196 ; MILL (J.S.), *De la liberté*, Folio, 1999, p. 74 et 76 ; ARON (R.), *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l’esprit, 1976, p. 218 ; ROUSSEAU (J.J.), *Du contrat social*, Bordas, 1985, 254 pages ; BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 2006, 187 pages.

³ DEBBASCH (C.) et PONTIER (J.M.), *Introduction à la politique*, Dalloz, coll. Précis, 5^e édition, 2000, n°40 et 41.

65. Une liberté publique. Quelle que soit la conception adoptée, droits de l'individu et obligation de l'Etat¹, libertés reconnues et organisées par l'Etat², ou droits naturels de l'homme³, les libertés publiques supposent la limitation des pouvoirs de l'Etat qui doit s'y soumettre. Il existe une unanimité pour considérer que la liberté individuelle est une liberté publique quelle que soit la définition donnée. En effet, en écho à la Déclaration de 1789, tant pour la philosophie que pour le droit international, la liberté individuelle suppose la protection de cette liberté par l'Etat. Ainsi, pour Raymond Aron, la liberté au sens analytique est une « garantie donnée à chacun de nous qu'il pourra faire ou ne pas faire ceci ou cela sans qu'un autre l'empêche de faire ce qu'il veut faire ou l'oblige à faire ce qu'il ne veut pas faire »⁴. L'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est, de plus, analysé comme « une obligation positive de l'Etat de protéger l'individu relevant de sa juridiction contre des atteintes à sa liberté »⁵.

66. Un droit de l'homme. Les droits de l'homme, quant à eux, sont, en général, définis comme des droits inhérents à la nature humaine reconnus et garantis par le droit. Ce sont donc des pouvoirs d'auto-détermination dont disposent les individus contre le pouvoir de l'Etat⁶. La liberté individuelle étant selon la Déclaration de 1789 inhérente à la nature même de l'homme, elle est sans conteste un droit de l'homme au sens strict⁷.

¹ M. Braud a établi que les libertés publiques sont, à la fois, des droits de l'individu lui permettant de revendiquer l'exercice de certaines facultés, soit à l'encontre des autres particuliers, soit à l'encontre de l'Etat, et des obligations de l'Etat puisque celui-ci va devoir respecter et faire respecter, notamment par les particuliers et ses propres agents, ces facultés. BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, op. cit.

² Monsieur Rivero, quant à lui, estime que les libertés publiques sont des pouvoirs d'autodétermination consacrés par le droit positif. En effet, selon lui, même lorsque ces libertés concernent uniquement les rapports entre les particuliers, elles constituent une obligation pour l'Etat. Cela suppose que ces libertés soient consacrées par l'Etat et que celui-ci en aménage l'exercice et en assure le respect. RIVERO (J.), *Libertés publiques*, Tome I, PUF, coll. Thémis droit, 9^e édition mise à jour, 2003, n°6 à 8.

³ Monsieur Colliard, après avoir rappelé ces deux conceptions, souligne qu'une autre présentation est possible. Selon celle-ci, les libertés publiques sont des droits naturels de l'homme c'est-à-dire attachés à la nature de l'homme. Elles ne peuvent donc être, en principe, ni supprimées ni réduites par l'Etat qui ne peut que prendre acte de leur existence. COLLIARD (C.A.), *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Précis, 7^e édition, 1989, p. 16.

⁴ ARON (R.), *Essai sur les libertés*, op. cit., p. 218.

⁵ PRADEL (J.) et CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 3^e édition, 2009, n°303.

⁶ Cette définition expliquerait les dérives de la qualification de droits de l'homme. On aurait tendance à considérer qu'une faculté est un droit de l'homme afin de pouvoir lui reconnaître une valeur supérieure et l'imposer aux différents Etats, mais cela uniquement pour des considérations politiques. Voir notamment PELLOUX (R.), « Vrais et faux droits de l'homme problèmes de définition et de classification », *RDP* 1988 p. 53 à 68.

⁷ SOULIER (G.), *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, coll. Points politique, 1981, p. 37 ; PELLOUX (R.), « Vrais et faux droits de l'homme problèmes de définition et de classification », préc.

67. Une liberté fondamentale. La liberté individuelle a également été qualifiée de liberté fondamentale. La loi du 30 juin 2000¹ a permis de saisir le juge administratif des référés afin qu’il ordonne « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d’une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public aurait porté, dans l’exercice d’un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale » et ce dans le délai de quarante-huit heures. Au regard de la jurisprudence rendue sur ce fondement et des débats parlementaires, il semble que les libertés fondamentales sont les droits et libertés s’imposant aux Etats et garantis par la Constitution française, le droit de l’Union européenne et le droit du Conseil de l’Europe. Plus précisément, les libertés fondamentales sont une protection contre les pouvoirs exécutif, législatif et même juridictionnel, par l’application de normes constitutionnelles et / ou internationales par des juges constitutionnels et / ou européens. Les bénéficiaires de cette protection sont des particuliers, mais également des personnes morales de droit public et de droit privé². La liberté individuelle étant protégée par l’ensemble de ces textes, elle peut ainsi également recevoir cette qualification.

68. Un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont des principes généraux considérés par le Conseil Constitutionnel comme ayant valeur constitutionnelle bien qu’ils ne soient pas énoncés expressément par un texte. En général, le Conseil Constitutionnel précise le texte lui permettant d’explicitier ce principe. Cependant, parfois, il ne donne aucune indication. Ainsi, dans la décision dite Fouille des véhicules³, le Conseil Constitutionnel a explicité le principe fondamental de liberté individuelle sans préciser de fondement textuel alors qu’il pouvait invoquer des textes constitutionnels tels que l’article 66 de la Constitution ou l’article 2 de la Déclaration de 1789. Par la suite, le Conseil Constitutionnel s’est montré plus prudent en précisant systématiquement un fondement textuel⁴. En effet, à défaut d’une telle précision, le Conseil Constitutionnel risquerait de se voir accuser de tendre à un véritable gouvernement des juges. Il est, toutefois, possible de

¹ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

² Sous la direction de FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 13^e édition, 2010, n°1222; FAVOREU (L.), « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D. 2001 Doct.* p. 1739 à 1744.

³ Cons. Const. Décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977 Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, *RDP 1978* p. 821 note FAVOREU (L.). Dans cette décision, le Conseil constitutionnel souligne que le principe fondamental de la liberté individuelle n’est que « réaffirmé » par l’article 66 de la Constitution ».

⁴ Sur ce point voir notamment WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Cours, 6^e édition, 2009, n°122 à 124.

considérer que par l'absence de référence textuelle, le Conseil constitutionnel a voulu souligner le caractère fondamental de la liberté individuelle et l'obligation, en quelque sorte naturelle, évidente, pour l'Etat de la respecter.

69. Ces diverses qualifications soulignent toutes la valeur supérieure de la liberté individuelle et le fait que l'Etat a l'obligation de la respecter et de la protéger. Elles font ainsi écho aux principes préconisés par les philosophes des Lumières et repris par la Déclaration de 1789. Du fait de cette valeur fondamentale accordée à la liberté individuelle, l'Etat a l'obligation de la concilier avec les autres droits et libertés de chacun des membres de la Société. Seule la loi bénéficie d'une confiance suffisante pour que ce pouvoir de conciliation lui soit accordé.

B- La confiance en la loi

70. Influencé par les philosophes des Lumières, le droit français reconnaît une compétence exclusive en matière de création de la contrainte à la loi au sens formel (1°). Cette compétence exclusive de la loi a été reprise par les textes internationaux. Cependant, ils n'ont pas adopté la même définition de la loi (2°).

1°/ La loi au sens formel du droit interne

71. Les caractères attribués à la loi au sens formel justifient la confiance accordée par la Constitution actuelle à celle-ci s'agissant de la conciliation nécessaire entre la liberté individuelle et la protection de l'ordre public.

72. Les caractères de la loi au sens formel. L'un des principaux buts des rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme était de poser les bases d'une nouvelle Société en rupture avec l'arbitraire caractéristique de l'Ancien Régime. Ils souhaitaient, en particulier, mettre fin à la possibilité d'emprisonner une personne par simple lettre de cachet sans que cela soit légalement

prévu¹. Le législateur bénéficie ainsi d’une certaine présomption favorable contrairement à l’exécutif plus facilement soupçonné d’arbitraire². Cette présomption résulte des différentes caractéristiques de la loi.

Tout d’abord, la loi est impartiale³ et garantit de ce fait l’égalité des citoyens. Son caractère général permet d’assurer que les atteintes à la liberté individuelle ne soient pas fonction de cas personnels⁴. De plus, la loi serait naturellement conforme à l’intérêt général. Selon Rousseau, la loi est l’expression de la volonté générale. Montesquieu, quant à lui, considère que la séparation des pouvoirs peut seule permettre le respect des droits et libertés. Influencés par ces idées, les rédacteurs de la Déclaration des droits de l’homme ont toute confiance en la loi au sens strict qui ne peut jamais être contraire aux droits et libertés⁵. La loi est, en effet, élaborée par une assemblée élue dont les débats sont publics. Etant l’unique, ou du moins aujourd’hui la principale, émanation directe de la « volonté populaire », le législateur est le seul à pouvoir limiter la liberté individuelle. Le législateur, représentant de la Nation, ne peut porter à la liberté individuelle une atteinte qui ne serait pas acceptée par cette dernière. La compétence exclusive du législateur s’agissant de la création des mesures de contrainte permet de présumer le respect de la liberté individuelle.

73. Aussi, le pouvoir législatif est-il seul compétent pour créer une mesure de contrainte selon l’article 4 de la Déclaration de 1789 mais aussi l’article 34 de la Constitution de 1958.

¹ Voir notamment COLLIARD (C.A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Précis, 8^e édition 2005, n°5 ; MICHELET (E.), « Article 7 », in Sous la direction de CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaire*, op. cit., p. 159 à 171 ; CAMBOT (P.), *Protection constitutionnelle de la liberté individuelle*, éd. Economica et PUAM, 1995, p. 295 ; MORANGE (J.), *Droits de l’homme et libertés publiques*, op. cit., n°47. Pour une étude des projets de déclarations incluant ce principe de légalité des titres de contrainte et des débats ayant précédé l’adoption de l’article 7 de la DDHC voir RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Hachette, coll. Pluriel, 1988, p. 233 à 236, p. 369 à 373, p. 398, p. 546 à 550, p. 612 à 614, p. 621 à 624, et p. 747 à 749.

² Voir notamment ROBERT (J.) et DUFFAR (J.), *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 8^e édition, 2009, n°116. Pour une critique de ces arguments traditionnels voir MORANGE (J.), *Droits de l’homme et Libertés publiques*, op. cit., n°47 ; WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, op. cit., n°246 à 250.

³ BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 4^e édition, 2003, n°36 : ici l’auteur vise la loi au sens large c’est-à-dire à la fois la loi adoptée par le Parlement et les règlements de l’exécutif. Sur le principe de légalité voir aussi VITU (A.), « Le principe de légalité et la procédure pénale », *Rev. Int. Crim. et pol. Techn.* 1967, p. 94 à 100.

⁴ Voir pour plus de développements relatifs au sens originel du principe de légalité, ses objectifs et ses limites, appliqués aux normes d’incrimination et de sanction ZEROUKI (D.), *La légalité criminelle Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, op. cit., principalement p. 23 à 105.

⁵ BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, op. cit., p. 279 et 280, ainsi que p. 384 à 386 ; COSTA (J.P.), « L’article 4 », in sous CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaire*, op. cit., p. 101 à 111.

74. Une confiance constitutionnellement accordée. Cette compétence exclusive de la loi au sens formel est reprise de manière constante depuis 1789. En effet, faisant écho à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit que les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » relèvent du domaine de la loi au sens formel. Dans ce texte, l'utilisation de la notion de « garantie » semble faire référence au fait que le législateur a pour compétence l'organisation des libertés et, par conséquent, l'éventuelle création de « bornes »¹. Cette interprétation, accordant une compétence exclusive au législateur pour la création des mesures attentatoires à la liberté individuelle, est confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Selon cette dernière, par nature un texte posant une mesure restrictive de la liberté individuelle « présente le caractère d'un acte législatif »². De plus, le Conseil Constitutionnel a déduit de l'article 34 de la Constitution que le législateur a reçu compétence pour opérer la conciliation nécessaire entre les objectifs à valeur constitutionnelle que sont le respect de la liberté individuelle et la sauvegarde de l'ordre public³. Il s'agit, selon lui, d'une compétence générale qui s'exerce même à défaut d'être prévue expressément par la Constitution⁴. Or, la création des mesures de contrainte participe justement de cette conciliation entre liberté individuelle et sauvegarde de l'ordre public. D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel a expressément reconnu « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, les

¹ BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, *op. cit.*, p. 300 à 304, p. 333 à 335 et p. 388 à 397.

² CE 13 novembre 1964 Ministre de l'Intérieur contre sieur Rocher, *AJDA* 1965 p. 228. Voir pour plus de précision sur ce point WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, *op. cit.*, n°137 et 138 ; BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, *op. cit.* p. 418 à 422.

³ Cons. Const. Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982 Loi sur la communication audiovisuelle. Voir également Cons. const. Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989 Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ; VIMBERT (C.), « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1994 p. 693 à 745 ; FAURE (B.), « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique », *RFDC* 1995 p. 47 à 77. A côté du maintien de l'ordre public sont également qualifiés d'objectifs constitutionnels la continuité et les exigences du service public, la recherche et la répression des infractions, la lutte contre la fraude fiscale et même la sauvegarde de l'intérêt public. Le caractère vague de ces limitations doit être souligné. Le Conseil constitutionnel s'octroie ainsi une grande liberté d'appréciation des atteintes aux libertés fixées par le législateur. Sur ce point voir notamment WACHSMANN (P.), « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *RSC* 1988 p. 1 à 15 ; LUCHAIRE (F.), « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 » ; in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, *Colloque des 25 et 26 mai 1989*, PUF, coll. Recherches politiques, p. 221 à 224.

⁴ Cons. Const. Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus ; Cons. Const. Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail ; Cons. Const. Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie ; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, coll. Grandes décisions, 15^e édition, 2009, n°25, 19 et 29 ; WACHSMANN (P.), « la liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *RSC* 1988 p. 1 à 15. Il faut d'ailleurs noter que l'article 2§2 de la loi fondamentale pour la République d'Allemagne du 23 mai 1949 dispose que « chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi ».

besoins de la recherche des auteurs d’infractions, qui sont nécessaires l’un et l’autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle »¹.

75. Cette confiance en la loi est également accordée par les textes internationaux postérieurs à la Seconde guerre mondiale. Toutefois, les textes internationaux n’ont pas adopté la même définition de la notion de loi. Le principe de légalité a, dès lors, une autre acception.

2°/ La loi au sens matériel du droit international

76. Les textes internationaux ont à leur tour reconnu une compétence exclusive à la loi s’agissant de la création des mesures de contrainte. Toutefois, la notion de loi est alors entendue de manière extrêmement large.

77. Un principe général. Selon les textes du Pacte de New York de 1966 et des Conventions européenne et américaine des droits de l’homme, il existe un noyau dur des droits de la personne. Il s’agit du droit à la vie, du droit de ne pas être torturé ni de subir des traitements inhumains ou dégradants, du droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude et du droit à la non-rétroactivité de la loi pénale. Chacune de ces conventions ajoute d’autres droits à ce noyau dur, mais aucune n’inclut l’ensemble des composantes de la liberté individuelle. Le fait qu’un droit fasse partie de ce noyau dur signifie que ce droit ne peut jamais être supprimé, suspendu ou même simplement limité. Par conséquent, la liberté individuelle, telle que définie, peut au regard des textes internationaux faire l’objet de restrictions² sous certaines conditions.

78. Une condition générale est posée par l’ensemble des textes à toute atteinte à la liberté individuelle. Ces atteintes doivent être prévues par la loi. A défaut, les droits et libertés reconnus par ces Conventions ne sont pas respectés. Ainsi, même une mesure privative de liberté énumérée par l’article 5 de la Convention européenne des droits de l’homme doit aussi être

¹ Cons. Const. Décision n°93-323 DC du 5 août 1993 Loi relative aux contrôles et vérifications d’identité.

² ROUGET (D.), *Le guide de la protection internationale des droits de l’homme*, éd. La pensée sauvage, 2000, Paris, p. 71 et 72 ; SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l’homme*, PUF, coll. Droit fondamental droit international, 10^e édition refondue et augmentée, 2010, n°144 à 147.

expressément prévue par le législateur national¹. La Cour européenne des droits de l'homme estime, en effet, que le but, notamment, de l'article 5 est de protéger l'individu contre l'arbitraire, de lui assurer une certaine sécurité juridique. Dès lors, « il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne et/ou du droit international soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de « légalité » fixé par la Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise pour éviter tout risque d'arbitraire et pour permettre au citoyen – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »². Cette condition se retrouve également par exemple à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, avant la création des articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, en raison de l'absence de base légale de la sonorisation des appartements effectuée par les services de police judiciaire³. Le principe de légalité est, dès lors, selon la Convention et la Cour européennes des droits de l'homme un principe général des mesures de contrainte. Cependant, par le terme de loi, la Convention et la Cour européennes des droits de l'homme ne visent pas exactement les mêmes autorités que le droit interne.

79. Une notion élargie. La notion de loi doit être entendue, selon la Convention et la Cour européennes des droits de l'homme, comme désignant la loi au sens matériel⁴. Selon elles, ce terme désigne, en effet, non seulement la loi votée par le Parlement, mais aussi les actes réglementaires pris en application d'une loi ou de manière autonome. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme assimile à la loi au sens matériel la jurisprudence qui

¹ Les cas prévus par cette liste sont la détention après jugement, l'arrestation ou la détention découlant d'une ordonnance judiciaire ou d'une obligation légale lorsque la loi autorise la détention pour forcer l'individu en cause à exécuter une obligation spécifique et concrète qu'il a négligé de remplir, la détention provisoire, la détention des mineurs pour leur éducation surveillée ou leur traduction devant l'autorité compétente, la détention de certains malades et marginaux, la détention des étrangers aux fins de refoulement, d'expulsion ou d'extradition. Voir notamment DE MEYER (J.), « Article 5§1 » ; *in* sous la direction de PETTITI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 190 à 201.

² CEDH 29 mars 2010, Medvedyev contre France, Requête n°3394/03, §79 et 80.

³ CEDH 31 mai 2005, Vetter contre France, Requête n°59842/00.

⁴ Voir notamment FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris II, 1995, Tome I, p. 72 à 75.

l’interprète ou la complète en cas de vide législatif¹. L’essentiel pour la Cour européenne des droits de l’homme est que la mesure portant atteinte à la liberté individuelle ait une « base en droit interne, écrite ou non écrite, et accessible »². Ainsi, dans l’affaire *Kruslin*, la Cour européenne des droits de l’homme a estimé que « dans un domaine couvert par le droit écrit, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l’ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles »³. La Cour de cassation ayant établi une jurisprudence constante en matière d’écoutes téléphoniques, la Cour européenne des droits de l’homme a estimé que, même avant la création des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale, les écoutes téléphoniques avaient en France une base légale⁴. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, à ces sources internes doivent s’ajouter, « le cas échéant, d’autres normes juridiques applicables aux intéressés, y compris celles qui trouvent leur source dans le droit international »⁵. Au regard de cette jurisprudence, il apparaît qu’au niveau européen, le principe de légalité s’entend d’une compétence exclusive des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Cette nouvelle acception du principe de légalité résulte de l’influence anglo-saxonne au sein du Conseil de l’Europe et procède d’une conciliation entre les différents systèmes juridiques représentés.

80. Par conséquent, conformément à la primauté de la loi au sens strict caractéristique d’un système romano-germanique, le droit français paraît sur ce point plus exigeant que le droit européen. Si rien n’empêche le pouvoir réglementaire et les autorités judiciaires de venir préciser la mise en œuvre de certaines mesures de contrainte, le droit constitutionnel français réserve leur création à la loi au sens formel. Le principe de légalité des mesures de contrainte conduit ainsi à l’élaboration d’une liste exhaustive de titres de contrainte.

¹ CEDH 24 avril 1990, *Kruslin contre France*, Requête n°11801/85. Pour un commentaire de cet arrêt voir notamment SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.) et LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, PUF, 5^e édition mise à jour, 2009, p. 49 à 59.

² KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 1996, p. 28. Dans le même sens voir CEDH 29 mars 2005, *Matheron contre France*, Requête n°57752/00, §28 à 32 ; CEDH 31 mai 2005, *Vetter contre France*, Requête n°59842/00, §23 à 27 ; CEDH 20 décembre 2005, *Wisse contre France*, Requête n° 71611/01, §29 à 34 ; RSC 2006 p. 662 note MASSIAS (F.) sur ces trois arrêts ; ALCARAZ (H.), « Sonorisation et écoutes téléphoniques : la France se fait « tirer l’oreille »... - à propos des arrêts *Vetter* et *Matheron* de la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH* 2006 p. 217 à 235 ; *Procédures* 2006 Comm. n°141 note sur l’affaire *Wisse* BUISSON (J.).

³ CEDH 24 avril 1990, *Kruslin contre France*, Requête n°11801/85, §29.

⁴ *Ibid.*

⁵ CEDH 29 mars 2010, *Medvedyev contre France*, Requête n°3394/03, §79 et 80.

§2- Une liste exhaustive des titres de contrainte

81. La compétence exclusive du législateur impose la création légale d'un titre de contrainte préalable à toute mise en œuvre d'une telle mesure (A). A défaut d'un tel titre, toute mesure de contrainte mise en œuvre sera sanctionnée en raison de l'atteinte ainsi portée à la liberté individuelle (B).

A- Une intervention préalable de la loi

82. Le principe de légalité de la contrainte probatoire a pour corolaire l'attribution préalable du pouvoir de contrainte aux autorités chargées de la recherche de la vérité (1°). Il constitue ainsi une limite au principe de la liberté de la preuve applicable en matière pénale (2°).

1°/ Une attribution préalable du pouvoir de contrainte

83. En application du principe de légalité, une mesure de contrainte ne peut qu'être d'origine législative. Par son intervention le législateur reconnaît la faculté d'exercice d'un pouvoir de contrainte aux autorités chargées de la recherche de la vérité et non un simple fait justificatif.

84. Des créations purement législatives. La détention provisoire, malgré son ancienneté, semble toujours avoir été prévue par le législateur. Plus récemment, le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence sous surveillance électronique¹ sont, également, d'origine purement législative. Il s'agit d'exemples d'une application stricte du principe de légalité de la contrainte probatoire.

¹ Voir infra n°109 et s. pour la création par la pratique de nombreuses mesures de contrainte en violation du principe de légalité.

85. Par la loi du 17 juillet 1970¹, le législateur, s’inspirant d’anciennes mesures légales, a institué un type de contrainte consistant à laisser une personne suspectée en liberté tout en la soumettant à un certain nombre d’obligations. Le législateur avait la volonté de créer un système intermédiaire entre la liberté totale et la détention provisoire. Il souhaitait permettre aux personnes suspectées d’être soumises à un régime moins contraignant que celui de la détention provisoire tout en n’oubliant pas les nécessités du maintien de l’ordre public. Est-ce justement cette création législative *ab initio* que, d’une part, le recours à ce type de contrainte ne s’est installé que progressivement, et que, d’autre part, certains auteurs ont pu, au regard des statistiques, s’interroger, pendant quelques temps, sur l’échec de cette institution en tant que substitut à la détention provisoire² ? Quoiqu’il en soit, après quelques années d’hésitation, le contrôle judiciaire est devenu pratique courante et joue, apparemment, aujourd’hui, pleinement son rôle d’alternative à la détention provisoire. Ainsi, en 2009, 26 931 contrôles judiciaires ont été ordonnés contre 17 058 détentions provisoires³.

86. A l’occasion du vote de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009⁴, le législateur a institué une nouvelle mesure de contrainte. Il s’agit de l’assignation à résidence avec surveillance électronique. Désormais, l’article 137 du Code de procédure pénale dispose que « toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. Toutefois, en raison des nécessités de l’instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique. A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l’assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d’atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire ». Le législateur a ainsi créé une nouvelle mesure intermédiaire entre le contrôle judiciaire et la détention provisoire, sans être précédé par la pratique. Le projet de la loi du 24 novembre 2009 estime que cette mesure « constitu[e] une nouvelle alternative particulièrement crédible à la détention provisoire parce que permettant une surveillance plus efficace qu’en cas de placement sous contrôle judiciaire »⁵. Depuis la loi du 9 septembre 2002⁶, un placement sous surveillance électronique est possible au titre des obligations

¹ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

² Voir notamment SOULEAU (I.), « Neuf années de contrôle judiciaire », *RSC* 1980 p. 41 à 76.

³ *Les chiffres clés de la Justice 2010*. En 2008, 27 749 contrôles judiciaires ont été ordonnés contre 18 709 détentions provisoires *in Les chiffres clés de la Justice 2009*. Une légère diminution du nombre de ces deux types de mesure peut ainsi être relevée.

⁴ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 portant loi pénitentiaire.

⁵ Projet de loi pénitentiaire enregistré à la Présidence du Sénat le 28 juillet 2008 p. 24.

⁶ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 Loi d’orientation et de programmation pour la justice.

du contrôle judiciaire. Toutefois, le projet de la loi du 24 novembre 2009 souligne que cette possibilité est peu utilisée « car les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas satisfaisantes », notamment parce que la durée de cette mesure ne s'impute pas sur la durée de la peine privative de liberté prononcée¹. Ainsi, en 2008, seulement 515 contrôles judiciaires avec placement sous surveillance électroniques ont été ordonnés². Une légère augmentation peut être constatée en 2009, 618 contrôles judiciaires sous surveillance électronique ayant été ordonnés³. Toutefois, cette mesure reste limitée au regard du nombre total des contrôles judiciaires. En conséquence, le projet de la loi du 24 novembre 2009 a souhaité instituer cette nouvelle mesure intermédiaire entre le contrôle judiciaire et la détention provisoire dont « le régime, les modalités de prononcé et les effets [sont], selon les cas, proches de celui du contrôle judiciaire ou de celui de la détention provisoire ». Le législateur renforce ainsi la gradation des mesures de contrainte ainsi que le caractère exceptionnel de la détention provisoire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation semble aller en ce sens, procédant à une application stricte des textes⁴. Au même titre que celle de la détention provisoire, la durée de cette mesure s'impute sur celle de la peine privative de liberté prononcée. Au cours des débats parlementaires, le principe de l'assignation à résidence, son régime, ses modalités et ses effets, ont été peu discutés et le Conseil constitutionnel n'en a pas été saisi. Reste à voir si cette mesure a été immédiatement adoptée par la pratique ou s'il faudra attendre quelques années pour que cette mesure « rentre dans les mœurs » comme le contrôle judiciaire. A ce jour, aucune statistique n'est disponible.

87. La reconnaissance d'un pouvoir de contrainte. La question s'est posée de savoir si les titres de contrainte établis par le législateur constituaient la reconnaissance d'un véritable pouvoir⁵ aux différentes autorités ou un fait justificatif tiré de l'ordre de la loi⁶.

¹ Rapport du 17 décembre 2008 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire par M. Jean-René LECERF, p. 151.

² *Les chiffres clés de la Justice 2009*.

³ *Les chiffres clés de la Justice 2010*.

⁴ Pour les premières décisions de la Cour de cassation relatives à cette mesure voir Crim. 7 avril 2010 et 8 avril 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°323 note CHAVENT-LECLERC (A.S.). Voir dans le même sens, Crim. 25 mai 2011, pourvoi n°11-81066.

⁵ Pour plus de développements sur le titre de contrainte voir BUISSON (J.), *L'acte de police*, Thèse, Lyon III, 1988, p. 429 et 430, et p. 575 à 587 ; DECOQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998, n°575 et 576.

⁶ Pour un exposé de la contrainte autorisée par le fait justificatif tiré du commandement de l'autorité légitime voir MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel, Tome I, problèmes généraux de la science criminelle droit pénal général*, Cujas, 7^e édition, 1997, n°448. D'autres auteurs invoquent le fait justificatif tiré de l'ordre de la loi. Voir PRADEL (J.), *Droit*

Considérer que ces titres constituent un fait justificatif pour les autorités reviendrait à reconnaître que celles-ci commettent une infraction à chaque mise en œuvre d’une mesure de contrainte, mais que la Société les excuse en raison de l’utilité sociale de cet acte. Ceci créerait une certaine suspicion à l’encontre des actes accomplis par les autorités policières et judiciaires et irait à l’encontre du principe de compétence exclusive du législateur en matière de création des mesures de contrainte. Les autorités seraient, en effet, libres de recourir à toute mesure leur paraissant utile, le législateur justifiant leur action. Cela porterait atteinte au respect de la liberté individuelle et tendrait à un certain arbitraire des autorités policières et judiciaires. Aussi, paraît-il plus cohérent d’estimer que le législateur leur reconnaît un pouvoir et que ce n’est que si elles outrepassent ce pouvoir qu’une infraction existe.

D’ailleurs, il faut noter que le seul cas où la jurisprudence considère qu’une disposition du Code de procédure pénale établissant une mesure de contrainte constitue un fait justificatif, est l’hypothèse de l’article 73. Lorsque le législateur attribue ce pouvoir d’appréhender l’auteur d’une infraction flagrante à toute personne témoin, l’urgence de l’arrestation, permettant d’éviter tout risque de fuite de l’auteur, justifie que le témoin puisse porter atteinte à la liberté individuelle. Le caractère exceptionnel de cette faculté, accordée uniquement en raison de l’urgence de cette arrestation, conduit la Cour de cassation à rejeter tout fait justificatif tiré de cet article dès lors que les personnes ayant appréhendé un suspect ont attendu plusieurs heures avant d’en informer les services de police¹. Les citoyens commettent une infraction en portant atteinte à la liberté d’autrui mais leur action bénéficie d’une justification *a posteriori* en raison de son utilité sociale². En revanche, les autorités judiciaires et policières ne commettent d’infraction que si elles agissent en dehors de la liste fixée par le législateur. Le titre de contrainte constitue ainsi un fait justificatif pour les premiers et l’attribution d’un pouvoir pour les seconds.

88. La création de ces titres de contrainte constitue ainsi pour les autorités chargées de la recherche de la vérité une limite à la liberté de la preuve.

2°/ Une limite à la liberté de la preuve

pénal général, CUVAS, 18^e édition, 2010, n°310 pour la possibilité pour le juge d’instruction de décerner un mandat de dépôt.

¹ Voir notamment Crim. 16 février 1988, *Bull.* n°75.

² Pour une critique de la qualification de fait justificatif de l’article 73 du CPP, voir MURBACH (M.), *Les pouvoirs d’investigation en droit français Essai d’une théorie générale*, Thèse Lyon 3, 2010, p. 156 et 157.

89. Le respect du principe de légalité des mesures de contrainte s'impose aux autorités chargées de la recherche de la vérité. En outre, la Déclaration des droits de l'homme semble déduire du caractère fondamental de ce principe un droit de résistance bénéficiant aux individus soumis à des mesures illégales. La liberté d'action des autorités chargées de la recherche de la vérité est ainsi quelque peu limitée.

90. Une obligation des autorités chargées de la recherche de la vérité. Il est traditionnel de dire qu'en droit pénal la preuve est libre. S'agissant de prouver des faits juridiques, l'absence de preuves préconstituées suppose cette liberté de la preuve¹. Ainsi, l'article 427 du Code de procédure pénale prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve [...] ». Cette disposition est reprise par l'avant-projet de Code de procédure pénale à l'article 113-2. Cependant, ce principe rencontre une limite fondamentale, l'article 427 prévoyant expressément des exceptions légales². La compétence exclusive du législateur en la matière a, dès lors, conduit à la création progressive d'un véritable « répertoire d'actes d'administration de la preuve »³. L'avant-projet de Code de procédure pénale rappelle d'ailleurs également que « au cours de la procédure, aucune mesure portant atteinte aux droits et libertés des personnes ne peut être décidée hors les cas prévus par la loi ou en dehors des formes prescrites »⁴. Si la preuve est libre, les modalités de recherche de celle-ci ne le sont pas. A défaut la contrainte probatoire deviendrait arbitraire et pourrait justifier l'exercice d'un droit de résistance.

91. Le droit de résistance. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme reconnaît un droit de résistance⁵. Pour les rédacteurs de la Déclaration, la loi en tant qu'expression de la volonté populaire ne peut être liberticide. Dès lors, seules les autorités chargées de son exécution peuvent se voir opposer un droit de résistance. L'article 7 dispose, en effet, que « tout citoyen

¹ Voir notamment MOLINA (E.), *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, 620 pages.

² Voir notamment MOLINA (E.), *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001, 620 pages.

³ BUISSON (J.), « La légalité dans l'administration de la preuve », *Procédures* 1998 Chr. n°14.

⁴ Article 111-4 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

⁵ Sur la question du droit de résistance voir DESMONS (E.), *Droit et devoir de résistance en droit interne Contribution à une théorie du droit positif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1999, en particulier p. 37 à 66. FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, *op. cit.*, p. 504 à 511.

appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l’instant : il se rend coupable par la résistance ». Seul le non respect de la loi par les autorités chargées de sa mise en œuvre justifie l’exercice du droit de résistance. Les rédacteurs de la Déclaration prévoient ainsi un double obstacle à l’arbitraire, à savoir, d’une part, la compétence exclusive du législateur et, d’autre part, le droit de résistance si l’exécutif ne respecte pas les règles établies par ce dernier.

92. Alors que certains auteurs, tels que Duguit, Hauriou ou Génay, estimaient qu’il s’agit d’un véritable droit, d’autres, tels que Esmein et Carré de Malberg, se fondant sur sa relativité en droit positif, en ont nié l’existence¹. Le Code pénal de 1791 avait essayé de mettre en œuvre l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen en admettant, semble-t-il, la résistance à un acte illégal de l’autorité publique. De même, la Constitution du 24 mai 1793 reconnaissait expressément un droit de résistance dans l’hypothèse où l’acte était effectué hors les cas et sans les formes déterminées par la loi. L’article 209 du Code de 1810 a été interprété, par certains auteurs, comme ne sanctionnant la rébellion que dans l’hypothèse d’un acte légal ou entrant dans les attributions de l’autorité². En 1812, la Cour de cassation a semblé sur ce fondement rejeter le délit de rébellion en cas de résistance à un acte illégal. Cependant, par la suite, elle a toujours considéré, malgré le refus de certaines juridictions du fond³, que la légalité ou non de l’acte n’a aucune influence sur la constitution de ce délit⁴. Certes, elle a également considéré que « la rébellion ne pouvait être retenue contre la personne résistant avec violence à un officier public agissant hors de ses fonctions ou sans titre légal ou judiciaire appuyant son action »⁵. Toutefois, il s’agit d’un arrêt très ancien qui ne semble pas avoir été confirmé depuis contrairement à la première solution. La jurisprudence pose, par conséquent, une véritable présomption de légalité au moment de l’acte, celui-ci ne pouvant être contesté que par la suite. Il pourrait être relevé que cette jurisprudence est ancienne. Toutefois, cette solution semble pouvoir être invoquée encore aujourd’hui. En effet, lors de la rédaction du Code pénal de 1992, le législateur n’a pas pris soin

¹ Pour une présentation détaillée des arguments de chacune de ces tendances et leur critique voir BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français, op. cit.*, p. 236 à 242.

² Voir GARCON (E.), *Code pénal annoté*, Tome I, Nouvelle édition refondue et mise à jour par ROUSSET (M.), PATIN (M.) et ANCEL (A.), éditions Sirey, 1952, p. 766 à 780, en particulier §104 à 149.

³ Cour d’assises de la Seine 13 mars 1832, *S.* 1832 II p. 178 à 188 ayant acquitté des journalistes poursuivis pour rébellion alors que le mandat d’amener contesté était illégal. Dans le même sens Cour d’appel de Reims 18 mars 1984, *RSC* 1985 p. 69 à 72 obs. DELMAS-SAINTE-HILAIRE (J.P.).

⁴ Crim. 3 mai 1961, *Bull.* n°234 ; Crim. 9 février 1972, *Bull.* n°54 ; Crim. 19 mai 1980, *Bull.* n°152 ; Crim. 2 juillet 1987, *Bull.* n°281, *RSC* 1988 p. 519 obs. DELMAS-SAINTE-HILAIRE (J.P.).

⁵ Crim. 25 mars 1852, *Bull.* n°108.

d'ajouter une quelconque référence à la légalité de l'acte, l'article 433-6¹ reprenant les termes de l'ancien article 209. Depuis, la Cour de cassation a maintenu sa solution traditionnelle présument la légalité de l'acte au moment de sa mise en œuvre².

93. Cela semble poser quelques difficultés au regard de la Déclaration de 1789. En effet, aujourd'hui, la Déclaration des droits de l'homme a une valeur constitutionnelle. Il serait donc possible de considérer que l'article 2 permet aux citoyens de bénéficier d'un droit de résistance leur permettant de s'opposer à tout acte de l'autorité publique portant atteinte à la liberté individuelle dès lors que cet acte n'est pas prévu par la loi. Si la position de la Cour de cassation peut éventuellement se comprendre dans un souci d'efficacité de la recherche des preuves, il ne faut pas qu'elle permette de justifier tout abus de la part des autorités. Pour reprendre les termes de Monsieur Binet, « le citoyen qui résiste à l'ordre illégal, ne s'oppose pas à l'exécution, mais à la violation de la loi »³. Si la présomption de légalité au moment de l'acte se justifie par la nécessité de permettre aux agents de remplir leur mission, par la suite les juges devraient admettre soit l'existence d'un fait justificatif tiré du droit de résistance de l'article 2 de la Déclaration de 1789, soit que la régularité de l'acte est une condition préalable à ce délit. Cette dernière solution restreignant la marge d'appréciation des juges et évitant de s'interroger sur la nature exacte de l'article 2 de la Déclaration serait d'ailleurs sans doute plus protectrice de la liberté individuelle. Il est dès lors souhaitable que le législateur intervienne et modifie la rédaction de l'article 433-6 du Code pénal pour y inclure cette condition⁴. Une telle modification renforcerait le caractère fondamental du principe de compétence exclusive du législateur en matière de création des mesures de contrainte et, par conséquent, l'effectivité de la liberté individuelle.

94. La reconnaissance effective de cet éventuel droit de résistance est ainsi loin d'être établie. Toutefois, même si le non respect de la légalité de la contrainte n'entraîne pas la reconnaissance d'un droit de résistance, il est source de sanction. La vérification de la légalité de la mesure avant

¹ Cet article dispose que « constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ». Ce délit est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

² Crim. 19 mai 1999, pourvoi n°98-81627, inédit.

³ Sur la question du délit de rébellion voir BINET (M.), *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires*, Thèse Nancy, 1963, p. 65 à 73.

⁴ Sur la question de la condition préalable à l'infraction voir THELLIER DE PONCHEVILLE (B.), *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon 3, 2006, en particulier n°485 à 488.

sa mise en œuvre constitue, en effet, une obligation pour les autorités chargées de la recherche de la vérité.

B- Une source de sanction

95. Le caractère fondamental du principe de légalité de la contrainte probatoire conduit à sanctionner toute mesure de contrainte illégale tant par la nullité (1°), que par la responsabilité pénale de l’agent la mettant en œuvre (2°).

1°/ La nullité de la contrainte illégale

96. Le caractère d’ordre public et la portée de cette nullité¹ soulignent le caractère fondamental du principe de légalité de la contrainte probatoire.

97. Une nullité d’ordre public. La Cour de cassation a eu l’occasion de rappeler qu’il ne peut y avoir de contrainte sans texte et que l’exécution d’un acte de recherche des preuves que la loi n’a pas prévu entraîne la nullité de l’acte en ce qu’elle « élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense »². Ainsi, la Cour de cassation n’exige aucune preuve de l’existence d’un grief. La nullité pour non respect du principe de légalité des mesures de contrainte est, par conséquent, une nullité d’ordre public. La Cour de cassation fait ainsi sienne la remarque de Garraud selon laquelle « les lois d’organisation judiciaire et de compétence sont d’ordre public, et toute violation des règles qu’elles posent emporte la nullité des actes accomplis par une autorité mal constituée ou incompétente »³. En effet, c’est bien une question de compétence que pose la vérification de la création préalable par le législateur de la mesure de

¹ Les différentes hypothèses de nullité des mesures de contrainte seront abordées au regard de chacun des éléments constituant l’encadrement de la contrainte probatoire.

² Crim. 16 décembre 1997, *Procédures* 1998 Comm. n°98 note BUISSON (J.).

³ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 3, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912, n°1096 et 1101. Sur la question des nullités de l’instruction voir notamment CONCHON (H.), *L’évolution des nullités de l’instruction préparatoire*, L’Harmattan, 2002, 303 pages ; GUERRIN (M.), *Les irrégularités de procédure sanctionnées par la nullité dans la phase préalable au jugement pénal*, ANRT, coll. Thèse à la carte, 1999, 486 pages ; GUERRIN (M.), « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d’innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », *RSC* 2000 p. 753 à 767.

contrainte envisagée. A titre d'exemple, dans un arrêt du 25 juin 1998 la Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait rejeté la nullité d'une opération effectuée par des agents de l'Administration fiscale dans un magasin de fabrication, importation et vente d'ouvrages en métaux précieux. Les agents y avaient procédé à l'inventaire des ouvrages et à la vérification de leur mention sur le livre de police en se fondant sur l'article L.26 du Livre des procédures fiscales permettant aux agents de l'Administration de procéder dans les locaux professionnels des personnes soumises en raison de leur profession à la législation des contributions indirectes à des inventaires, aux opérations nécessaires à la constatation et à la garantie de l'impôt. Selon la Cour de cassation, ce texte n'autorise pas les visites. Ces dernières ne peuvent avoir lieu que sur le fondement de l'article L.38 du même livre en cas de flagrant délit ou sur autorisation du président du tribunal de grande instance et, dans tous les cas, avec l'assistance d'un officier de police judiciaire. En l'espèce, les actes des agents de l'Administration constituaient une visite devant se dérouler avec l'assistance d'un officier de police judiciaire. Il semble que, pour la Cour de cassation, dès lors que les agents soupçonnent des infractions, l'article L.38 s'applique. En l'absence de respect des conditions posées par cet article, en particulier la présence d'un officier de police judiciaire, la nullité de l'opération devait être prononcée¹. A l'inverse, ne sera pas annulée la visite d'un établissement détenant des animaux d'espèces non domestiques par des agents de l'office national de la chasse dans le but de se faire présenter les registres de l'établissement. Une telle visite ne constitue pas, en effet, une perquisition devant être effectuée en présence d'un officier de police judiciaire².

La qualification de nullité d'ordre public permet d'exclure la justification de l'acte illégal par l'accord de la personne dont la liberté a ainsi été atteinte, les parties ne pouvant déroger d'un commun accord aux règles d'ordre public. La qualification d'ordre public de la nullité sanctionnant le non respect du principe de légalité de la contrainte ne peut surprendre. En effet, la nullité de droit, automatique, que suppose cette qualification paraît indispensable lorsqu'il s'agit de sanctionner un abus de pouvoir de la part de l'une des autorités participant à la recherche des preuves dans un système qui reconnaît la valeur fondamentale de la liberté individuelle.

98. Il convient ici de souligner que la formulation utilisée par la Cour de cassation montre la confusion existant entre le principe de légalité et celui de loyauté s'agissant des actes effectués par une autorité publique. En effet, s'agissant d'un acte d'une autorité publique, la déloyauté ne

¹ Crim. 25 juin 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°9 note ROBERT (J.H.). Dans le même sens Crim. 19 mai 2004, *RSC* 2005 p. 577 et 578.

² Crim. 27 mars 1996, *Dr. Pén.* 1996 Comm. n°192 note ROBERT (J.H.).

pourrait consister qu’en un détournement ou un contournement des règles de procédure¹. Dès lors, une violation du principe de légalité serait constatée. En effet, le détournement d’une règle de procédure suppose son application en dehors de son champ d’application. Le contournement suppose, quant à lui, l’absence de respect de cette règle. D’ailleurs, la Cour de cassation a déjà eu l’occasion de poser une présomption de loyauté de ces actes dès lors qu’ils ont été effectués « dans les conditions et formes prévues par la loi »². Reprenant cette idée, l’article 113-3 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 semble assimiler preuve déloyale et preuve obtenue illégalement. En effet, cet article dispose que « ne peuvent être prises en compte pour fonder l’accusation les preuves obtenues directement ou indirectement par l’autorité publique de façon déloyale 1°/ soit en contournant ou en détournant les règles de procédure prévues par le présent code [...] ».

99. La portée de la nullité. Ce n’est pas, par définition, l’acte de contrainte en lui-même qui sera annulé, puisque l’atteinte à la liberté individuelle a déjà eu matériellement lieu³. Cependant le juge annulera le procès-verbal le constatant ainsi que, éventuellement, tous les actes dont il aura été le support⁴, le législateur octroyant sur ce point un pouvoir souverain d’appréciation aux magistrats⁵. Il sera alors impossible au juge de tenir compte des éléments de preuve apparus lors de cet acte de contrainte. L’atteinte arbitraire à la liberté individuelle ne peut, en effet, permettre une éventuelle condamnation de la victime d’une telle atteinte. L’effectivité de la liberté individuelle suppose que tout élément de preuve collecté grâce à une atteinte arbitraire à celle-ci disparaisse de la procédure. A défaut un soupçon d’arbitraire pèserait sur l’ensemble de la procédure et sur le jugement. Une sanction trop limitée des atteintes arbitraires à la liberté individuelle pourrait être considérée comme favorisant celles-ci. De l’efficacité de la sanction de l’arbitraire dépend l’effectivité de la liberté individuelle. L’article 174 du Code de procédure pénale interdit d’ailleurs de « tirer des actes et des pièces ou parties d’actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties, à peine de poursuites disciplinaires pour les avocats et les

¹ Sur ce point voir notamment DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, Economica, Coll. Corpus droit privé, 2009, n°569 à 577.

² Crim. 1^{er} mars 2006, *Bull.* n°59.

³ Voir BUISSON (J.), *L’acte de police*, Tome II, *op. cit.*, p. 462 et 463.

⁴ Voir notamment Crim. 28 mars 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°175 note BUISSON (J.).

⁵ Article 174 alinéa 2 du CPP.

magistrats »¹. Cette idée se retrouve à l'article 113-3 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

100. Toutefois, seuls les actes dont la mesure de contrainte annulée était le « préalable nécessaire » pourront à leur tour être annulés. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé d'annuler une garde à vue ayant été précédée d'une rétention de dix-huit jours, à bord d'un navire, de l'équipage soupçonné de participer à un trafic de stupéfiants, au motif que « la garde à vue, qui était fondée sur des raisons plausibles tirées d'éléments de fait, étrangers à la rétention préalable, permettant de soupçonner les membres de l'équipage de participer à un trafic de stupéfiants par mer, était sans lien nécessaire avec ladite rétention »². La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans cette affaire, rejette la nullité de la garde à vue dès lors que celle-ci pouvait être fondée sur des éléments de faits constatés indépendamment de la rétention à bord du navire. En l'espèce, l'équipage du navire, après avoir refusé d'obéir à une injonction de réduire sa vitesse d'un bâtiment de la Marine française, avait jeté à la mer « un colis suspect de taille importante » qui s'est révélé contenir trois tonnes de cocaïne. La Cour de cassation limite ainsi strictement la portée de la nullité dans un souci d'efficacité de la recherche de la vérité. Seuls les actes effectués ou les indices recueillis uniquement sur le fondement de la mesure de contrainte illégale seront à leur tour annulés. La difficile conciliation entre le respect de la liberté individuelle et l'efficacité de la recherche des preuves se manifeste. Cette jurisprudence est d'ailleurs consacrée par l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. En effet, selon l'article 132-16 de ce dernier « l'annulation d'un acte entraîne par voie de conséquence l'annulation des actes ultérieurs qui ont pour support exclusif et nécessaire l'acte entaché de nullité ».

101. La seule sanction de la procédure fondée exclusivement sur une mesure de contrainte illégale est toutefois insuffisante à assurer l'effectivité réelle du respect de la liberté individuelle. Aussi à cette sanction s'ajoute une sanction personnelle des autorités mettant en œuvre une telle mesure.

¹ Cette disposition est reprise par l'article 132-18 de l'avant-projet de CPP du 1^{er} mars 2010 ; « à peine de nullité et, le cas échéant, de poursuites disciplinaires, il est interdit de tirer au cours de la procédure pénale aucun renseignement provenant d'un acte annulé ».

² Crim. 29 avril 2009, *Bull.* n°83 ; POISSONNIER (G.), « La Cour de cassation confrontée au casse-tête de la détention en haute-mer », *D.* 2010 p. 187.

2°/ La responsabilité pénale de l’agent

102. Le droit pénal ayant pour rôle de protéger les valeurs sociales essentielles, il est logique que le non respect du principe de légalité de la contrainte probatoire soit sanctionné pénalement en raison de l’atteinte ainsi portée à la liberté individuelle. Cette responsabilité a, cependant, aujourd’hui un champ d’application restreint, le législateur ayant cherché à mettre en place une responsabilité pénale graduée.

103. Un champ d’application restreint. Dès qu’il souhaite avoir recours à la contrainte, l’enquêteur doit vérifier que le législateur lui en a reconnu le pouvoir. A défaut d’un tel texte, il commettra un « acte arbitraire » qui était sanctionné, par l’article 114 de l’ancien Code pénal, de la dégradation civique. Aujourd’hui, l’article 432-4 punit de sept ans d’emprisonnement et de 450 000 euros d’amende, « le fait par une personne dépositaire de l’autorité publique ou chargée d’une mission de service public, agissant dans l’exercice ou à l’occasion de l’exercice de ses fonctions ou de sa mission, d’ordonner ou d’accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle ». Cependant, les deux articles n’ont pas le même champ d’application, l’ancien article 114 étant plus large que l’actuel article 432-4. La Cour d’appel de Paris, dans l’affaire des Ecoutes de l’Elysée, a estimé « qu’ il résulte des différentes analyses que ce texte [l’article 114] a été édicté dans le but de lutter contre tout arbitraire émanant des autorités publiques, et réprimer pénalement les atteintes aux libertés publiques ». Selon cette cour, si, par la notion d’« atteinte à la liberté individuelle », l’article 114 visait les violations de la liberté d’aller et venir, en revanche l’expression « actes attentatoires à la Constitution » recouvrait « les atteintes à la jouissance et à l’exercice de toutes libertés en général, pourvu qu’elles soient garanties par la Constitution ». La Cour d’appel en déduit que des écoutes téléphoniques illicites constituent un acte attentatoire au sens de l’article 114. En revanche, elle estime que le nouvel article 432-4 ne protège que la liberté d’aller et venir, l’alinéa 2 prévoyant une circonstance aggravante de cette infraction en cas de détention ou rétention supérieure à sept jours. Le nouvel article ne peut donc s’appliquer aux faits de l’espèce¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé à l’encontre de cette analyse dans un arrêt du 4 mars 1997².

¹ Paris 30 septembre 1996, *D.* 1997 p. 111 à 115 note BREEN (E.).

² Crim. 4 mars 1997, *Bull.* n°83, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°75 note VERON (M.).

L'entrée en vigueur du Code pénal de 1992 a été, ainsi, l'occasion d'abandonner le système d'une responsabilité pénale unique pour l'ensemble des atteintes à la liberté individuelle au profit d'une responsabilité graduée.

104. Une responsabilité graduée. Le législateur de 1992 a opté pour des dispositions spécifiques à chacune des composantes de la liberté individuelle entendue au sens large. Ainsi, l'article 432-8 punit de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi ». De même, l'article 432-9 sanctionne de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances » ou « d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu ». Dès lors que l'enquêteur, policier ou magistrat, met en œuvre une mesure de contrainte que la loi ne lui a pas attribuée, sa responsabilité pénale pourra être engagée. Ceci permet de conforter l'analyse selon laquelle la liste exhaustive des mesures de contrainte probatoire élaborée par le législateur ne peut constituer un fait justificatif. Cependant, le législateur semble établir une sorte de gradation au sein des composantes de la liberté individuelle entendue au sens large. Les atteintes à l'inviolabilité du domicile sont punies moins sévèrement que les atteintes au secret des correspondances, elles-mêmes sanctionnées plus légèrement que les atteintes à la liberté d'aller et venir. Avec le Code pénal de 1992, le législateur a adapté la sanction des mesures de contrainte illégales à la composante de la liberté individuelle atteinte.

105. La mise en œuvre de la compétence exclusive du législateur, corollaire de la valeur fondamentale de la liberté individuelle, conduit à constater un respect seulement relatif de ce principe.

Section II- Un principe relatif dans sa mise en œuvre

106. Malgré son caractère fondamental, le principe de légalité des mesures de contrainte probatoire peut être relativisé. En effet, des atteintes à ce principe peuvent être constatées tant au niveau de la création de ces mesures (§1) qu’au niveau de la détermination des autorités titulaires de ce pouvoir (§2).

§1- La légalité relative de la création de la contrainte

107. En vertu du principe de légalité, le législateur a, en principe, une compétence exclusive pour créer une mesure de contrainte. Pourtant, de nombreuses atteintes à cette compétence exclusive peuvent être constatées (A). De plus, la définition légale des hypothèses de contrainte reste souvent imprécise (B).

A- Une compétence exclusive remise en cause

108. Bien souvent la légalité des mesures de contrainte est présumée. Aucune vérification concrète de l’existence d’un titre de contrainte n’est effectuée (1°). En outre, le législateur procède régulièrement à une légalisation *a posteriori* de ces mesures (2°).

1°/ Une légalité présumée

109. La jurisprudence pose régulièrement une présomption de légalité des mesures de contrainte permettant la création de telles mesures par les autorités chargées de la recherche de la vérité.

110. Un schéma récurrent. Il est possible de noter des évolutions parallèles dans de nombreux cas de contrainte, traduisant la relativité du respect du principe de légalité. Dans un premier temps, les agents chargés de la manifestation de la vérité, se heurtant aux difficultés liées à la preuve pénale, créent une forme de contrainte en dehors de tout cadre légal. Cette pratique commence, en général, par rencontrer l'opposition des juges qui vont la sanctionner et refuser d'admettre les preuves ainsi recueillies. Puis, la jurisprudence finit par admettre la mesure en raison de son utilité pratique pour la recherche de la vérité. Cette évolution soulève systématiquement des critiques opposant, schématiquement, les défenseurs des libertés d'un côté et les défenseurs de l'ordre public de l'autre. Pourtant, à chaque fois, la jurisprudence persiste à reconnaître la validité des preuves ainsi recueillies, alors que le principe de légalité impose la nullité d'ordre public des mesures de contrainte effectuées en dehors de la liste établie par le législateur. La jurisprudence saisie d'un tel acte de contrainte cherche soit à assimiler l'acte à un autre acte reconnu par le législateur, soit à créer elle-même un nouveau titre. Les juridictions posent ainsi une véritable présomption de légalité des actes de contrainte. Il existe une sorte de jurisprudence de sauvegarde des indices recueillis. Les juridictions privilégient alors l'utilité de la mesure pour la recherche de la vérité à la protection de la liberté individuelle.

111. Monsieur Fourment estime que ce faisant les juridictions judiciaires consacrent implicitement la théorie administrativiste de l'exécution d'office¹. Cette théorie a été exposée par Romieu dans ses conclusions relatives à l'arrêt Société Immobilière de Saint Just rendu par le Tribunal des Conflits le 2 décembre 1902². Elle permet l'exécution par la force publique d'un acte administratif dans trois hypothèses, à savoir une habilitation législative, l'urgence ou, à défaut, si quatre conditions sont réunies. Romieu estime que dans ce dernier cas « il faut que l'opération

¹ FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris II, 1995, Tome I, p. 127 à 134.

² TC 2 décembre 1902 A. Société Immobilière de Saint Just, Rec. p. 13, S. 1904 3 p. 17 note HAURIOU (M.). Voir également TCHEN (V.), « Exécution de l'acte administratif », *J.Cl. Administratif* Fasc. 108-10.

administrative pour laquelle l’exécution est nécessaire ait sa source dans un texte de loi précis ; il faut que, par suite de résistance à la loi ou à l’acte de la puissance publique, il y ait lieu à l’exécution forcée ; il faut que l’absence de sanction pénale rende nécessaire l’exécution par la voie administrative ; il faut que les mesures d’exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l’opération prescrite par la loi ». Monsieur Tchen ne dénombre, en dehors de l’arrêt Société Immobilière de Saint Just, que trois exemples d’application de cette dernière hypothèse d’exécution d’office par les juridictions administratives, tous étant très anciens. Monsieur Tchen en conclut que cette théorie est, sur ce point, tombée en désuétude. La jurisprudence judiciaire semble, en effet, s’être inspirée de cette théorie en ce que le cadre d’enquête ou d’instruction dans lequel se déroule la mesure de contrainte sans titre a bien sa source dans un texte de loi précis. Il s’agit d’ailleurs régulièrement du seul fondement invoqué par les juridictions judiciaires. Le trouble à l’ordre public constitué par l’infraction semble pouvoir être assimilé à une résistance à la loi. En outre, la nécessité et la proportionnalité de la contrainte sont des conditions incontournables¹. Toutefois, les juridictions judiciaires ne font pas toujours référence à ces conditions pour justifier l’exécution d’une mesure de contrainte sans titre.

De nombreux exemples de ce processus peuvent être relevés. En effet, outre les exemples de la garde à vue et des écoutes téléphoniques qui sont sans doute les plus frappants, la même évolution peut être relevée s’agissant des perquisitions² ou des contrôles et vérifications d’identité³.

¹ Cf. infra n°291 et s. pour la nécessité et 400 et s. pour la proportionnalité.

² Le Code d’instruction criminelle reconnaissait à la police le pouvoir de s’introduire au domicile des personnes soupçonnées d’avoir commis des infractions en cas de délit flagrant sur ordre du Procureur de la République ainsi qu’en cas d’instruction sur commission rogatoire. Voir VILLEY (E.), *Précis d’un cours de droit criminel comprenant l’explication du Code pénal, du Code d’instruction criminelle en entier et des lois qui les ont modifiés jusqu’à la fin de l’année 1905*, éd. G. Pédone-Lauriel, 1906, notamment p. 253 à 264 et p. 272. Cependant, en 1894, la chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu un tel pouvoir aux gendarmes en dehors du cadre de l’enquête de flagrance, dès lors qu’ils s’étaient introduits dans le domicile d’un individu avec son accord. Celui-ci avait répondu à toutes leurs interpellations et leur avait remis volontairement le faux permis de chasse qu’il était soupçonné d’utiliser. Voir Crim. 13 décembre 1894, *S.* 1895 1 p. 157. La chambre criminelle avait préalablement admis un pouvoir identique notamment aux commissaires de police (Voir note sous Crim. 13 décembre 1894, préc.). Une telle position jurisprudentielle était critiquable, les règles de compétence étant d’ordre public et ne pouvant donc pas être écartées par le simple accord des parties.

³ Voir sur ce point MARCUS (M.), « Essai d’identification du débat sur les contrôles d’identité », *RSC* 1985 p. 153 à 156 ; CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, *op. cit.*, p. 138 à 140. Les contrôles d’identité se sont avérés nécessaires afin de prévenir les atteintes à l’ordre public et de rechercher les délinquants. Pendant longtemps, il n’existait que des textes fragmentaires tels que l’article 61 alinéas 2 et 3 du Code de procédure pénale (ce texte était relatif à l’obligation pour toute personne de se soumettre aux opérations de vérification d’identité jugées indispensables par les officiers de police judiciaire agissant dans le cadre d’une enquête de flagrance, d’une enquête préliminaire ou sur commission rogatoire) ou l’article 165 du décret du 20 mai 1903 (ce texte permet les opérations de police administrative par la gendarmerie). Les services de police avaient également recours aux rétentions bien qu’aucun texte ne les prévoyait. En 1973, la chambre criminelle a admis la validité des contrôles d’identité de police administrative à condition qu’il existe un risque grave pour l’ordre public et que la mesure soit adaptée à la gravité de la menace. Elle a refusé la validité des vérifications d’identité dans une telle

112. L'exemple de la garde à vue. Dans le cadre de l'enquête de flagrance, la police judiciaire avait pris peu à peu l'habitude d'arrêter et d'interroger pendant plusieurs heures les individus suspects. Pourtant, aucun texte ne lui accordait expressément ce pouvoir¹. Parallèlement, alors que seule l'enquête de flagrance était prévue par le législateur, la pratique a développé un autre type d'enquête qualifié d'enquête officieuse. La garde à vue était également utilisée dans cette hypothèse. Cette pratique suscitait de vifs débats. Les policiers soulignaient la nécessité de la garde à vue pour la recherche de la vérité, alors que les avocats souhaitaient sa disparition. Les propos de Monsieur Lambert, alors professeur à l'Ecole supérieure de police, semblent à ce titre suffisamment édifiants pour être cités. « L'homme, coupable ou innocent, croira que c'est légalement que nous le gardons ainsi quelques temps à notre disposition et que ce serait de sa part commettre un délit que de reprendre d'autorité sa liberté. C'est le soir seulement, s'il s'aperçoit que nous nous apprêtons à le garder toute la nuit dans nos locaux, qu'il aura quelques fois conscience d'une atteinte peut être non légale à sa liberté : à nous d'éviter cet inconvénient en convoquant nos prévenus officieux au début de la journée afin d'en pouvoir terminer avant la tombée de la nuit [...] Et alors, de deux choses l'une : ou cette issue lui est favorable, - soit que son innocence ait été reconnue, soit que sa culpabilité n'ait pu être établie – auquel cas il ne nous gardera aucun grief des mauvaises heures que nous lui avons infligées, ou cette issue le confond, auquel cas il trouvera naturelle cette sorte de détention non coercitive à laquelle il a dû lui-même s'astreindre durant notre interrogatoire. [...] D'une manière ou d'une autre, notre action n'a d'ailleurs donné lieu à aucun grief juridique [...] Tout s'est fait avec son consentement tacite, ou du moins, avec son défaut d'opposition »². Cet auteur estime ainsi que le consentement de la personne justifie la garde à vue. Toutefois, cela est contraire au caractère d'ordre public des règles de compétence. De plus, le consentement de l'individu placé en garde à vue tel qu'il est décrit ici ne peut être qualifié de consentement éclairé, la personne ignorant le caractère illégal de la mesure. Le ministère de l'Intérieur a, le 23 septembre 1943, précisé dans une circulaire les

hypothèse. Cependant, elle a comblé rapidement ce vide en entendant de manière relativement large la notion d'opération de police judiciaire, cadre permettant les vérifications d'identité. Crim. 5 janvier 1973 arrêt Friedel, *Bull.* n°7, *D.* 1973 p. 541 à 544 note ROUJOU DE BOUBEE (G.), *AJDA* 1973 p. 600 à 603 note TOULEMONDE (B.).

¹ Pour un bref historique de l'enquête officieuse et de la garde-à-voir voir LEROY (J.), « Garde-à-voir », *J.-Cl. Procédure pénale*, Appendice articles 53 à 73, Fasc. 20, §21 et 22 ; DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police, op. cit.*, n°598 et 732.

² LAMBERT (L.), *Traité théorique et pratique de police judiciaire à l'usage des commissaires de police ainsi que des procureurs de la République, des juges d'instruction et des autres officiers de police judiciaire*, Joannès Desvigne et Cie éditeurs, 2^e édition, 1947, p. 397 et 398.

conditions des gardes à vue. Toutefois, un tel texte n’a aucune valeur normative et ne peut remplacer l’intervention du législateur. La Chambre d’accusation de la Cour d’appel de Paris a pourtant admis cette pratique dans un arrêt du 12 février 1954¹.

113. L’exemple des écoutes téléphoniques. Le législateur a autorisé en 1933 et 1935 la saisie de toute correspondance susceptible de faire avancer l’information quels qu’en soient les auteurs et destinataires². En matière de correspondances téléphoniques³, la jurisprudence, se fondant sur le pouvoir étendu de saisie qu’octroyaient les articles 87 à 89 du Code d’instruction criminelle, a commencé par admettre les interceptions dans l’intérêt de la répression avant l’inculpation et si l’interception était pratiquée par le juge d’instruction⁴. En 1973, le Sénat a créé une commission chargée de « contrôler la gestion administrative, financière et technique des services assurant la surveillance de certaines communications téléphoniques privées » notamment en vérifiant la conformité de cette surveillance à l’article 9 du Code civil. A la suite du scandale suscité la même année par l’affaire du Canard Enchaîné, le 1^{er} juin 1974, le nouveau ministre de l’intérieur a indiqué que désormais les écoutes téléphoniques ne seraient admises que pour la « défense du territoire, la sécurité intérieure, la répression et la prévention des crimes »⁵. Toutefois, aucun texte de loi ne réglementait ces écoutes. En 1980, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis expressément la régularité des écoutes téléphoniques ordonnées par un juge d’instruction à l’encontre d’un inculpé en invoquant le fait que l’article 81 du Code de procédure pénale habilite le juge d’instruction à procéder à tous les actes d’information qu’il juge utiles à la manifestation de la vérité⁶. Ce fondement a entraîné les critiques de la doctrine, cet article étant très général et ne visant pas expressément les écoutes téléphoniques. La Cour de cassation violait ainsi le principe de légalité de la contrainte. Le 24 avril 1984 puis le 23 juillet 1985 dans l’affaire Kruslin, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pourtant confirmé la

¹ Paris 12 février 1954, LEROY (J.), « Garde-à-vue », *Juris-Classeur Procédure pénale*, *op. cit.*

² Voir notamment PELISSIER (J.), « La protection du secret de la correspondance au regard du droit pénal », *RSC* 1965 p. 105 à 117; Civ. 18 mars 1955, *D.* 1955 p. 573 note SAVATIER (R.) ; Poitiers 7 janvier 1960, *JCP* 1960 II 11599 note CHAMBON (P.) ; Tribunal correctionnel de la Seine 30 octobre 1964, *D.* 1965 p. 423 à 424.

³ Pour un historique rapide des écoutes téléphoniques voir DUMONT (J.), « Interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications », *J.-Cl. Procédure pénale*, article 100 à 100-7, Fasc. commentaire, §9 à 32.

⁴ BLONDET (M.), « Les ruses et les artifices de la police au cours de l’enquête préliminaire », *JCP* 1958 I 1419 ; DOLL (P.J.), « De la légalité des communications téléphoniques au cours d’une information judiciaire », *D.* 1965 Chr. p. 125 à 130.

⁵ COLLIARD (C.A.), *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 394 à 396.

⁶ Crim. 9 octobre 1980, *JCP* 1981 II 19578 obs. DI MARINO (G.) ; *D.* 1981 p. 332 à 334 note PRADEL (J.) ; CHAMBON (P.), « De la légalité des écoutes téléphoniques concernant un inculpé ordonnées par le juge d’instruction », *JCP* 1981 I 3029, notamment.

validité des preuves ainsi obtenues tout en rappelant les conditions déjà énumérées par l'arrêt du 9 octobre 1980, à savoir que ces écoutes devaient être réalisées sous le contrôle du juge d'instruction, sans aucun artifice ou stratagème et sans qu'elles ne compromettent les conditions d'exercice des droits de la défense¹. En 1989, la Chambre criminelle de la Cour de cassation puis, dans la même affaire, l'Assemblée plénière, ont opté pour la nullité des écoutes téléphoniques pratiquées au cours d'une enquête en l'absence de texte les autorisant². Si l'arrêt de la Chambre criminelle ne vise que l'enquête préliminaire, l'Assemblée plénière ne fait pas allusion à ce type d'enquête, semblant ainsi étendre l'interdiction à toutes les enquêtes et réservant les écoutes téléphoniques à l'instruction. Cette construction jurisprudentielle a conduit certains auteurs à réclamer l'adoption d'une loi notamment en raison du caractère indispensable de cette contrainte pour certaines infractions³. Peu de temps après, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, non pas, toutefois, pour défaut de base légale, mais en raison de l'imprécision du droit français, que ce soit des textes eux-mêmes ou de la jurisprudence⁴. La Cour européenne des droits de l'homme n'exigeant pas un texte, le ministre de la justice dans une circulaire du 27 avril 1990 adressée aux chefs de juridictions a proposé un certain nombre de conditions pour les écoutes téléphoniques. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, la même année, à son tour posé des conditions pour ces écoutes en soulignant que leur respect satisfait aux exigences de l'article 8 alinéa 2 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵. Une partie de la doctrine a critiqué cette manière de faire, parlant même de détournement de pouvoir, au regard du principe de légalité des cas de contrainte⁶. La Commission européenne des droits de l'homme dans un rapport en date du 11 janvier 1994 a estimé qu'« il ressort clairement du libellé même de la circulaire du 27 avril 1990 qu'il s'agit en réalité d'une simple note de service adressée par le ministère aux parquets des juridictions pour les informer de la portée des arrêts de la Cour. Cette note ne saurait être considérée comme une « loi » au sens donné à cette expression par la jurisprudence des organes de la Convention. En

¹ Crim. 24 avril 1984 *D.* 1986 p. 125 à 130 note COSSON (J.) ; Crim. 23 juillet 1985, *D.* 1986 p. 61 à 64 note CHAMBON (P.) notamment.

² Crim. 13 juin 1989, *Bull.* n°254 ; *Dr. Pén.* 1989 Chr. p. 2 et 3 MARON (A.) ; Ass. Plén. 24 novembre 1989, *Bull.* n°440 ; *JCP* 1990 II 21418 Concl. de Monsieur l'avocat général ROBERT (E.) ; *Gaz. Pal.* 1990 1^{er} sem. JP p. 92 à 93 note DOUCET (J.P.) ; *D.* 1990 p. 34 ; PRADEL (J.), « Écoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme (à propos de Cass., Ass. Plén., 24 nov. 1989, affaire Baribeau) », *D.* 1990 Chr. p. 15 à 20.

³ Voir notamment PRADEL (J.), *ibid.*

⁴ CEDH 24 avril 1990, Huvig contre France et Kruslin contre France, Requêtes n° 11105/84 et 11105/84, *D.* 1990 p. 353 note PRADEL (J.) ; *JCP* 1990 II 21541 note JEANDIDIER (W.).

⁵ Crim. 15 mai 1990, *Bull.* n°193, *JCP* 1990 II 21541 note JEANDIDIER (W.). Voir aussi Crim. 4 septembre 1991, *Bull.* n°312 ; *JCP* 1992 II 21802 note JEANDIDIER (W.).

⁶ KOERING-JOULIN (R.), « De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites), *D.* 1990 Chr. p. 187 à 189.

effet, elle [...] ne s’imposait pas aux juges d’instruction devant délivrer des commissions rogatoires ordonnant des écoutes téléphoniques ni aux juges du fond devant en apprécier la régularité »¹.

114. Peuvent également être cités en exemple les sonorisations² ou le petit dépôt³. Toutefois, se conformant au principe fondamental de légalité des mesures de contrainte, le législateur est, par la suite, intervenu pour légaliser ces diverses pratiques.

2°/ Une légalisation progressive

115. L’intervention *a posteriori* du législateur paraît systématique. La légalisation récente de la dernière mesure de contrainte sans titre renforce ce constat.

¹ Comm. EDH 11 janvier 1994 §32, *Dr. Pén.* 1995 Comm. n°245 note MARON (A.).

² Reprenant sa jurisprudence relative aux écoutes téléphoniques et s’exposant ainsi aux mêmes critiques, la Cour de cassation a, en 1999, reconnu la validité d’opérations de sonorisation ordonnées par un juge d’instruction, alors même qu’aucun texte ne permettait expressément cette mesure de contrainte. Selon elle, «le juge d’instruction tient des articles 81, alinéa premier, 151 et 152 du Code de procédure pénale le pouvoir de prescrire, en vue de la constatation des infractions, tous les actes d’information utiles à la manifestation de la vérité, y compris l’enregistrement de conversations privées, pourvu que, comme en l’espèce, ces mesures aient eu lieu sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense ». Crim. 23 novembre 1999, *Bull.* n°269, *Dr. pén.* 2000 Comm. n°82 note MARON (A.). Voir également Crim 15 février 2000, *Bull.* n°68, *Dr. pén.* 2000 Comm. n°82 note MARON (A.). La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l’homme sur ce point en raison d’un défaut de toute base légale. Voir *Affaires Matheron, Vetter et Wisse contre France*, préc.

³ A l’issue de la garde à vue, la personne est fréquemment déférée soit au parquet afin que celui-ci prenne sa décision quant à l’orientation du dossier, soit au juge d’instruction quand la garde à vue a eu lieu sur commission rogatoire, soit au tribunal correctionnel afin que la personne soit jugée en comparution immédiate. Pour que ce déferement puisse avoir lieu, la personne est transférée dans des locaux aménagés dans les différents tribunaux à cette fin. Il s’agit de ce qui est traditionnellement appelé le « petit dépôt ». La question qui se pose alors est de savoir si les délais de transfèrement et le petit dépôt font partie de la durée de la garde à vue (Voir sur le débat relatif à cette question ESSAID (M.J.), *La présomption d’innocence*, édition La Porte, Rabat, 1971, n°576 et 577. Les articles relatifs à la garde à vue ordonnée dans le cadre d’une enquête préliminaire, ou en exécution d’une commission rogatoire, ont pendant longtemps prévu que la personne placée en garde à vue devait être conduite dans les vingt quatre heures devant le magistrat compétent. Ainsi, le délai de transfert devait être inclus dans le délai de garde à vue prévu par le législateur. Par assimilation il était possible de considérer que la même solution devait prévaloir en cas d’enquête de flagrance. Cependant, aucun élément ne pouvait être trouvé dans les textes quant au délai d’attente, lequel ne pouvait être prévu par avance par les autorités. De ce fait, en pratique, les personnes étaient détenues au « petit dépôt » sans qu’aucune disposition ne vienne limiter la durée de cette privation de liberté ni poser aucune règle quelle qu’elle soit, alors que la garde à vue était terminée. Malgré de nombreuses critiques (voir notamment REMPLON (L.), « La rétention du suspect », *JCP* 1978 I 2916 ; BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, Litec, 1^{er} édition, 2000, n°967), la chambre criminelle a encore en l’an 2000 admis une telle rétention soulignant son caractère indispensable pour la pratique. Voir Crim 19 février 2000, *Procédures* 2000 Comm. n° 130 note BUISSON (J.). Dans une affaire au cours de laquelle une personne avait ainsi été retenue au « petit dépôt » pendant 13 heures 30 et où la chambre criminelle avait refusé de considérer qu’il s’agissait d’une rétention arbitraire, la Cour européenne des droits de l’homme a été saisie notamment pour violation des articles 5§1 et 5§3 de la Convention. Elle a conclu à la violation de ces deux articles. CEDH 27 juillet 2006, *Zervudacki contre France*, Requête n° 73947/01.

116. L'intervention *a posteriori* du législateur. Face aux différentes critiques émises à l'encontre de ces diverses jurisprudences, le législateur, prenant note de l'utilité pratique de ces cas de contrainte nés de manière illégale, les a reconnus expressément.

117. Ainsi, se pliant aux nécessités de la pratique, le législateur a finalement reconnu l'enquête officieuse, devenue enquête préliminaire, et la garde à vue à l'occasion du vote du Code de procédure pénale en 1958. Pendant quelques temps les critiques à l'encontre de l'existence de la garde à vue ont persisté¹. Cependant, peu à peu, les débats se sont centrés uniquement sur les conditions de sa mise en œuvre.

118. Le législateur a également reconnu le pouvoir de perquisition domiciliaire, dans un premier temps pour les gendarmes avec le décret du 20 mai 1903, puis pour l'ensemble des membres de la police nationale par la loi du 7 février 1933.

119. Du fait de la nécessité des contrôles et des vérifications d'identité pour la recherche des délinquants qu'indiquait la persistance de leur pratique, le législateur a finalement réglementé ce type de contrainte par la loi dite sécurité et liberté du 2 février 1981².

120. Face aux critiques suscitées par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en matière d'écoutes téléphoniques, la commission justice pénale et droits de l'homme a, en juin 1990, estimé « absolument nécessaire que soient déterminés par un texte de loi les axes principaux d'une réglementation : définition des cas dans lesquels il peut être recouru au placement sur écoutes [...], définition d'une procédure d'autorisation et de règles de conservation »³. En conséquence, le législateur français est finalement intervenu par une loi du 10 juillet 1991⁴ pour réglementer expressément les écoutes.

¹ MERLE (R.), « La garde à vue », *Gaz. Pal.* 1969 2^e semestre Doct. p. 18. Il faut noter que le programme commun du Parti communiste et du Parti socialiste de 1976 prévoyait la suppression de la garde à vue : sur ce point voir ARON (R.), *Essai sur les libertés, op. cit.*, p. 234 et 235.

² Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes ; HENRY (H.), *Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal*, Thèse, Montpellier I, 1976, p. 46 à 64 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel Tome II procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001, n°379 et 280.

³ Commission justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, Rapport remis en juin 1990, Documentation française, 1991, p. 196.

⁴ Loi n°91-646 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

121. La loi du 9 mars 2004 a, à son tour, légalisé la sonorisation et la captation des images et régit la question du petit dépôt.

122. Le principe de légalité des mesures de contrainte exige que ce soit le législateur qui reconnaisse les mesures de contrainte en premier. Une reconnaissance légale *a posteriori* de la pratique écarte, ainsi, quelque peu, le principe de légalité. Cette façon de procéder semble s’expliquer par le fait que seuls les praticiens sont les plus à même de déterminer les mesures les plus utiles. L’utilité de la mesure semble ainsi permettre un certain renversement du raisonnement, le législateur intervenant non pas pour créer des mesures de contrainte mais simplement pour les reconnaître *a posteriori*. Cela reste conforme à la conception adoptée par la Cour européenne des droits de l’homme, celle-ci englobant la jurisprudence dans sa définition de la loi dès lors qu’elle est suffisamment précise. Cependant, cela est contraire à la définition plus stricte du principe de légalité adoptée par le droit français. De plus, le « principe démocratique [...] veut qu’au moins les grandes lignes d’une restriction aux libertés soient prévues dans une loi votée par le Parlement »¹.

123. Plusieurs arrêts récents de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont pu conduire à s’interroger sur l’apparition d’un nouveau cas de contrainte sans titre validé par la jurisprudence. Toutefois, le législateur est intervenu assez rapidement afin de mettre un terme à cette atteinte au principe de légalité.

124. Le dernier cas de contrainte sans titre. En 2003, 2009 et 2010, la Cour de cassation a, à quatre reprises, validé des atteintes à la liberté individuelle ayant un but probatoire pratiquées en dehors de tout cadre légal². Au cours de ces quatre affaires, des personnes ont été retenues pendant plusieurs jours, à savoir entre cinq et dix-huit jours, sur un navire en attendant l’autorisation de leur Etat d’origine quant à leur transfèrement en France. A l’arrivée du navire sur le territoire français, ces personnes ont été placées en garde à vue. La nullité de cette mesure a systématiquement été soulevée. Dans la première affaire dont la Cour de cassation a été saisie en 2009, l’équipage a été retenu dix-huit jours avant son placement en garde à vue. Le pourvoi invoquait notamment l’illégalité de cette rétention et relevait que « la chambre de l’instruction qui

¹ KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, op. cit., p. 67.

² Crim. 15 janvier 2003, Aff. Medvedyev, *Bull.* n°12 ; Crim. 29 avril 2009, *Bull.* n°82 ; Crim. 16 septembre 2009, Aff. du Ponant, pourvoi n°09-82777, inédit ; Crim. 17 février 2010, *Bull.* n°32.

constatait le caractère arbitraire de la détention des marins sur le navire le Junior, faute de tout texte organisant la privation de liberté subie par eux, ne pouvait refuser d'annuler la garde à vue qui s'en est directement suivie, laquelle avait pour support nécessaire la remise des demandeurs aux autorités de police française, au prix d'une mesure de contrainte illégale ». Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que la garde à vue n'avait pas pour support nécessaire cette rétention. En revanche, elle s'est abstenue de se prononcer sur l'illégalité de la rétention¹. Il est vrai qu'elle n'en avait pas été directement saisie, le pourvoi étant axé sur la nullité de la garde à vue. Toutefois, il ne faut pas oublier que la nullité sanctionnant le non respect du principe de légalité est d'ordre public. Dans la seconde affaire, l'équipage avait été retenu cinq jours à bord du navire avant son arrivée en France et son placement en garde à vue. La Cour d'appel a estimé ici que « les actes qui sont contestés sont bien les décisions d'arrêter les suspects sur le territoire somalien, de les garder dans l'attente de nouvelles instructions puis de leur faire quitter le territoire somalien, après l'accord des autorités somaliennes compétentes, ces actes entrant strictement dans le champ des actes de gouvernement et des décisions prises par les gouvernements respectifs qui en assument la responsabilité ; que les actes de gouvernement en question ne constituent ni des mesures d'extradition ni des actes de police judiciaire dont l'objectif était la répression d'une infraction [...] ; qu'avant l'accord de principe donné par la Somalie pour que ses ressortissants quittent le territoire somalien, le GFT aurait pu demander et obtenir que ses nationaux soient remis aux forces de l'ordre somaliennes, ce qui rendait impossible la mise en œuvre d'une procédure judiciaire française prenant immédiatement en compte les suspects, avant toute décision préalable de la République de Somalie ; que pendant cette période, les références à la compétence de l'Etat du pavillon, à l'application du Code de procédure pénale français, aux règles de l'extradition, à la nécessité d'ouvrir une procédure de flagrance et de notifier immédiatement les droits de la défense accordés aux personnes placées en garde à vue, sont parfaitement inappropriées ; [...] que la procédure pénale a commencé pour les six suspects par leur placement en garde à vue dès leur arrivée sur le territoire national ». La Cour d'appel en a déduit également l'inapplicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme. Le pourvoi contestait la qualification d'actes de gouvernement soulignant, notamment, que cette qualification privait les requérants de la possibilité de contester la détention dont ils avaient été l'objet à bord du navire et était, dès lors, contraire aux articles 5 §1, 5§3, 5§4 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 16 septembre 2009, a rejeté le pourvoi aux motifs que « si c'est à tort que la chambre

¹ Crim. 29 avril 2009, *Bull.* n°83.

de l’instruction énonce que les suspects, placés sous le contrôle de l’autorité militaire française dès leur interpellation sur le territoire somalien, le 11 avril 2008, ne relevaient de la " juridiction " française, au sens de l’article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l’homme, qu’à partir du 15 avril 2008, 15 heures, date à laquelle la décision de les transférer en France, prise avec l’accord des autorités somaliennes, a été portée à la connaissance des autorités françaises et aussitôt mise en œuvre, l’arrêt n’encourt pas la censure dès lors que des circonstances insurmontables, caractérisées par l’attente de l’accord des autorités somaliennes en vue du transfert des six suspects en France, justifiaient leur privation de liberté pendant près de cinq jours, avant que leur placement en garde à vue ne fût régulièrement ordonné, le 16 avril 2008, à partir de 7h15 ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette, semble-t-il, par conséquent la qualification d’acte de gouvernement retenue par la Cour d’appel. Cependant, elle justifie la rétention en invoquant les circonstances insurmontables que constitue l’attente de l’autorisation des autorités étrangères¹. Si ce raisonnement se comprend dans un cadre diplomatique, il convient toutefois de noter que, comme le rappelle le pourvoi, aucun texte, même international, ne prévoit une telle rétention. « Les textes applicables réglementent les mesures prises pour l’intervention à l’encontre du navire et son déroutement, mais sont soit silencieux, soit trop généraux concernant le sort et le statut de l’équipage pour pouvoir offrir des garanties solides aux personnes arrêtées »².

Dans l’affaire Medvedyev, dont les faits sont similaires³, la Cour européenne des droits de l’homme, quant à elle, a d’ailleurs estimé que ni la loi française, ni les Conventions internationales de Montego Bay et de Vienne, ni la note constatant l’accord de l’Etat cambodgien quant à l’arraisonnement du navire dont l’équipage était soupçonné de trafic de stupéfiants, ne constituent une base légale de l’arrestation et de la détention de l’équipage⁴. Elle en déduit l’irrégularité de la privation de liberté subie par l’équipage entre l’arraisonnement du navire et l’arrivée à Brest « faute de base légale ayant les qualités requises pour satisfaire au principe général de sécurité juridique »⁵.

¹ Crim. 16 septembre 2009, Aff. du Ponant, préc. ; POISSONIER (G.), « Quels droits pour Rackham le Rouge ? », *D.* 2010 p. 631 ; BEAUVAIS (P.), « L’affaire du Ponant : les pirates à l’abordage de la procédure pénale française », *JCP* 2010 184.

² POISSONIER (G.), « La Cour de cassation confrontée au casse-tête de la détention en haute mer », *D.* 2010 p. 187.

³ Crim. 15 janvier 2003, *Bull.* n°12.

⁴ CEDH 29 mars 2010, Medvedyev contre France, Requête n° 3394/03. Voir notamment THIERRY (J.B.), « L’arrêt Medvedyev c/ France du 29 mars 2010 : juge d’instruction : 1 – Parquet : 0 », *Dr. Pén.* 2010 étude n°12 ; RENUCCI (J.F.), « L’affaire Medvedyev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d’un arrêt important », *D.* 2010 p. 1386.

⁵ *Ibid.*, §100 à 102.

Ultérieurement, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a de nouveau été saisie de cette question de la régularité de la détention antérieure à la garde à vue après l'arraisonnement d'un navire. Elle rejette de nouveau le pourvoi estimant cette fois-ci que la détention était justifiée au regard de la résolution 1816 du Conseil de sécurité des Nations Unies, de l'article 105 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'accord préalable des autorités somaliennes. Le même reproche d'absence de clarté et de précision des textes peut être repris ici¹.

125. Afin de garantir l'effectivité de la liberté individuelle, il conviendrait que les Conventions de Montego Bay, de Vienne et des Nations-Unies, qui permettent aux autorités françaises d'arraisonner et perquisitionner les navires soupçonnés de piraterie ou de trafic de stupéfiants, soient modifiées sur ce point et précisent le cadre juridique de cette privation de liberté, ou tout au moins, qu'un texte interne prenne le relais. Une telle modification apparaît indispensable dans un contexte où la criminalité internationale et les faits de piraterie se développent. En ce sens, afin de prendre en compte les critiques émises par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Medvedyev, la loi du 5 janvier 2011² crée un régime *sui generis* de rétention à bord pouvant aller jusqu'à sept jours et calqué sur le régime de la garde à vue. Le législateur semble ainsi avoir mis fin à l'existence de mesures de contrainte sans titre légal.

126. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de légalité de la contrainte probatoire impose au législateur non seulement de créer les cas de contrainte mais aussi de déterminer clairement et précisément les hypothèses permettant de recourir à ces mesures. Cette précision est indispensable au respect de la liberté individuelle afin que chacun soit informé des conséquences possibles de ses actes. Toutefois, cela ne semble pas être le cas en pratique.

B- Des hypothèses de contrainte imprécises

127. Peu à peu le législateur français a harmonisé les hypothèses permettant de recourir aux mesures de contrainte (1^o), créant ainsi, dans un souci de protection de la liberté individuelle, une

¹ Crim. 17 février 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°194 note CHAVENT-LECLERE (A.S.) ; *AJ pén.* 2010 p. 292 obs. ROUSSEL (G.).

² Loi n°2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer.

véritable gradation de ces mesures au cours de la procédure (2°). Cette harmonisation et cette gradation ne sont malheureusement pas, aujourd’hui, achevées.

1°/ Une harmonisation progressive des hypothèses de contrainte

128. Au fil des réformes, le législateur français a subordonné le recours aux mesures de contrainte soit à des « raisons plausibles de soupçonner » soit à des « indices graves ou / et concordants ».

129. Les « raisons plausibles de soupçonner ». Cette nouvelle condition préalable au recours à la contrainte a pour objectif d’encadrer au mieux ce recours. Peu à peu, le législateur a étendu cette condition à divers cas de contrainte. Très souvent il souhaite, par ce biais, mettre le droit français en conformité avec les exigences de la Cour européenne des droits de l’homme.

130. En droit français, pendant longtemps, la garde à vue supposait l’existence « d’indices faisant présumer » que la personne avait participé à l’infraction ou que la personne détenait des renseignements¹. La Cour de cassation estimait que les prescriptions de l’article 77 du Code de procédure pénale avaient « seulement pour objet le maintien à la disposition des enquêteurs de toute personne dont la présence ou l’audition est nécessaire à leurs investigations et [n’étaient] pas incompatibles avec la Convention [européenne des droits de l’homme] »². Ainsi était-il possible de placer en garde à vue de simples témoins³. Une telle mesure, malgré l’affirmation de la Cour de cassation, était contraire à l’article 5 §1 de la Convention européenne. En effet, en vertu de cet article, les mesures privatives de liberté ne peuvent avoir lieu « qu’en vue de conduire la personne arrêtée ou détenue devant l’autorité judiciaire compétente, qu’il s’agisse d’une personne au sujet de laquelle il y a des raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis une infraction, d’une personne au sujet de laquelle il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l’empêcher de commettre une infraction, ou encore d’une personne au sujet de laquelle il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l’empêcher de s’enfuir après l’accomplissement d’une

¹ Sur cette notion de « personnes susceptibles de détenir des renseignements » voir LAURENT (N.), *La notion de suspect en matière pénale*, Thèse Lyon 3, 2001, n°341 à 399. Selon cet auteur la distinction entre témoin et suspect est inutile, ces personnes étant en réalité des suspects.

² Crim. 28 janvier 1992, *Bull.* n°32.

³ Voir notamment Crim. 30 juin 1981, *Bull.* n°224.

infraction»¹. Un simple témoin n'est pas destiné à être présenté à l'autorité judiciaire. Seule une personne à l'encontre de laquelle existent des indices d'imputation l'est. Aussi, les lois des 4 janvier et 24 août 1993 ont-elles interdit le placement d'un simple témoin en garde à vue dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cette interdiction a été étendue à l'enquête de flagrance par la loi du 15 juin 2000². Toutefois, la rédaction alors utilisée laissait penser que la réunion de plusieurs indices était nécessaire au placement en garde à vue. Afin de lever toute ambiguïté, la loi du 4 mars 2002 a remplacé la notion « d'indices laissant présumer » par celle de « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ».

La loi du 18 mars 2003³ a autorisé les officiers de police judiciaire à procéder notamment « sur toute personne [...] à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête »⁴. Cette loi a également subordonné les fouilles de véhicules et les contrôle d'identité judiciaire à l'existence de « raisons plausibles de soupçonner » et non plus « d'indices faisant présumer ». La loi du 4 mars 2002⁵, quant à elle, dispose que « en cas d'urgence, le juge d'instruction peut également autoriser les officiers de police judiciaire à procéder à ces opérations [c'est-à-dire des perquisitions en dehors des heures légales] dans des locaux d'habitations [notamment] lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 »⁶. Cette loi du 4 mars 2002 a également créé le mandat de recherche qui ne peut être délivré qu'à l'encontre d'une « personne à l'égard de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction »⁷.

131. Ainsi, au fil des réformes, le législateur a étendu l'application de la notion de « raisons plausibles de soupçonner ». Toutefois, cette expression ne vise pas systématiquement les

¹ CEDH 1^{er} juillet 1961, *Lawless contre Irlande*, Requête n° 332/57.

² Loi n°2000-516 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes. Depuis lors, quel que soit le cadre d'enquête, les simples témoins ne peuvent être que retenus le « temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures » selon l'article 62 du CPP.

³ Loi n°2003-239 relative à la sécurité intérieure.

⁴ Article 55-1 du CPP.

⁵ Loi n°2002-307 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁶ Article 706-91 du CPP.

⁷ Article 70 du CPP.

personnes auxquelles pourrait être imputée une infraction. En effet, le législateur étend certaines mesures de contrainte aux personnes à l’égard desquelles il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » qu’elles sont « susceptibles de fournir des renseignements utiles à l’enquête »¹, c’est-à-dire à de simples témoins. En outre, certains auteurs ont mis en doute le fait que cette modification de la terminologie utilisée par le législateur change réellement la façon dont la Cour de cassation appréhende les conditions préalables au recours à ces mesures de contrainte. Il s’agirait d’une modification terminologique plus psychologique que juridique². En matière de garde à vue, la circulaire d’application de la loi du 4 mars 2002 a d’ailleurs souligné que sur le fond cette nouvelle expression était parfaitement équivalente à l’ancienne terminologie. Le législateur semble avoir simplement eu la volonté de clarifier les hypothèses de recours à la contrainte conformément au principe de légalité.

132. D’ailleurs, cette volonté de clarification des conditions préalables à la contrainte se retrouve avec l’utilisation de plus en plus fréquente de l’expression « indices graves ou / et concordants ».

133. Les « indices graves ou / et concordants ». Reprenant une expression utilisée par la jurisprudence, le législateur français a imposé peu à peu pour les cas les plus graves de contrainte, la réunion d’indices graves ou / et concordants comme condition préalable à leur mise en œuvre.

134. Ainsi, en vertu de l’article 137 du Code de procédure pénale, la détention provisoire, l’assignation à résidence et le contrôle judiciaire ne peuvent être ordonnés qu’à l’encontre de la personne mise en examen. La mise en examen a, avec la loi du 4 janvier 1993³, pris la place de l’inculpation au nom d’une meilleure protection de la présomption d’innocence par l’usage d’un vocabulaire plus adapté. En 1993, la mise en examen n’était possible qu’en présence « d’indices laissant présumer que l’intéressé a participé, comme auteur ou complice, aux faits », et obligatoire s’il existait des « indices graves et concordants ». Les limites de la mise en examen ont été redéfinies par la loi du 15 juin 2000⁴ afin d’éviter toute mise en examen anticipée ou, au contraire, tardive. Ainsi, depuis lors, le seuil minimal de la mise en examen est l’existence d’indices graves

¹ Article 78-2 du CPP pour le contrôle d’identité.

² Voir BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 6^e édition, 2010, n°736.

³ Loi n°93-2 portant réforme de la procédure pénale.

⁴ Préc.

ou concordants, l'existence d'indices graves et concordants constituant le « seuil maximal de déclenchement de la mise en examen » pour reprendre l'expression de la circulaire du 20 décembre 2000 relative à la loi du 15 juin 2000¹. Il faut toutefois noter que la lettre du texte conduit à considérer que le statut de témoin assisté peut être accordé à une personne à l'encontre de laquelle sont réunis des indices graves et concordants. Seul le statut de simple témoin serait alors interdit en vertu de l'article 105 du Code de procédure pénale. Le législateur semble ainsi laisser un choix au juge d'instruction en présence d'indices graves et concordants. L'article 80-1 du Code de procédure pénale renforce d'ailleurs cette impression puisqu'il dispose en son alinéa 3 que le juge d'instruction ne procédera à la mise en examen que « s'il estime ne pas pouvoir recourir à la procédure de témoin assisté ». La circulaire du 20 décembre 2000 a précisé que la mise en examen s'impose uniquement à l'encontre des personnes dont le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire paraît nécessaire, ou à l'encontre desquelles les indices réunis sont suffisants pour justifier un renvoi devant les juridictions de jugement. Dans les autres hypothèses, seul le statut de témoin assisté est préconisé. Comme le soulignent certains auteurs, « il paraît impossible d'établir, a priori, une hiérarchie entre les statuts. Le choix du juge sera essentiellement déterminé par la nécessité de préserver la réputation ou la situation professionnelle de l'intéressé, mais également par des considérations tenant à la conduite de la procédure »². Pourtant, les travaux parlementaires conduisent à considérer que la mise en examen est obligatoire en présence d'indices graves et concordants³. Quoi qu'il en soit, il semble qu'ainsi le législateur ait souhaité élever le seuil d'intervention de la mise en examen, puisque jusque là il était possible d'y procéder même en présence de simples indices si l'on s'en tenait au texte. En effet, la personne nommément visée dans le réquisitoire introductif ou sujet d'un mandat d'arrêt ou d'amener était considérée comme inculpée, alors qu'aucune exigence quant aux éléments déjà réunis n'était expressément imposée au procureur pour viser une personne déterminée dans son réquisitoire ou au juge pour délivrer ces mandats jusqu'à la loi du 15 juin 2000⁴. La jurisprudence avait toutefois fixé certaines conditions à l'inculpation. Ainsi, le juge d'instruction devait auparavant « s'être éclairé sur le point de savoir [si le suspect avait] pris part au crime poursuivi dans des conditions de nature à engager sa responsabilité pénale et, ce faisant, alors qu'il ne résulte d'aucun élément de la procédure qu'il ait prétendu éluder les dispositions de la loi du 8

¹ Circulaire CRIM 2000 – 16/F1 du 20 décembre 2000, §1.1.1.1.1.

² DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n°1790.

³ Sur ce point voir notamment BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 6^e édition, 2010, n°1756.

⁴ Préc. Pour plus de précisions sur ce point voir NAGOUAS-GUERIN (M.C.), *Le doute en matière pénale*, Dalloz, Bibliothèque nouvelle de thèses, 2002, n°151 à 170 ; MERLE (R.), « L'inculpation », *Mélanges Hugueney, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 111 à 133. .

décembre 1987, ce magistrat ne port[ait] aucune atteinte aux droits de la défense »¹. Précisant à quel stade une personne devait être inculpée, la Cour de cassation a, par la suite, pris l’habitude de se référer à la notion d’indices graves et concordants de participation à une infraction. Ainsi, selon une formule traditionnelle, devaient « être approuvés les juges qui, pour refuser de faire droit à une exception de nullité prise d’une inculpation tardive, énon[ça]ient que ces magistrats et fonctionnaires ont également le devoir, avant de mettre en cause lesdites personnes, de vérifier s’il existe à leur encontre des indices graves et concordants de culpabilité et que ce devoir, loin de porter atteinte aux intérêts des personnes mises en cause, a pour objet de garantir un procès équitable »². Certaines critiques ont été émises à l’encontre de cette jurisprudence, notamment le fait qu’une telle notion implique un jugement sur la faute de la part du juge d’instruction³. Pourtant, cette expression a été consacrée par le législateur. L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 reprend les mêmes conditions pour l’octroi du statut de partie pénale sans plus de précision que les dispositions actuelles⁴.

La détention provisoire est également possible en dehors de toute instruction, et donc sans mise en examen préalable, en cas de comparution immédiate⁵ ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité lorsque le prévenu demande à bénéficier d’un délai de réflexion à la suite de la proposition de peine effectuée par le procureur de la République⁶. Cependant, il faut noter que la comparution immédiate n’est envisageable que si le procureur de la République estime que « les charges réunies sont suffisantes et que l’affaire est en état d’être jugée » en vertu de l’article 395 du Code de procédure pénale. De même, la circulaire du 2 septembre 2004 précise que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être mise en œuvre que s’il existe « une certaine prévisibilité de la sanction ». Ainsi, là encore, la détention provisoire suppose qu’un certain nombre d’indices aient déjà été réunis.

¹ Crim 22 décembre 1938, *DH* 1939 p. 181 ; Crim 8 déc. 1899, *D.* 1903 1 p. 457 ; Crim 11 déc 1908, *Bull.* n°495 ; Crim 25 janvier 1939, *Bull.* n°14 ; Crim 7 mai 1952, *Bull.* n°119 ; Crim. 22 juillet 1954, *Aff. Dominici*, *JCP* 1954 II 8351 note VOUGIN (R.) ; Crim. 29 avril 1996, *Bull.* n°170 ; Crim 30 mai 1996, *Bull.* n°226 ; Crim 13 mars 1997, *Bull.* n°105 ; Crim 18 juin 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°28 note MARON (A.) ; Crim 13 octobre 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°28 note MARON (A.).

² Crim. 5 mars 1985, *Bull.* n°102 ; Crim. 24 février 1987, *Bull.* n°93 ; Crim. 1^{er} septembre 1987, *Bull.* n°308 ; Crim. 13 mars 1995, *Bull.* n°100 ; Crim 1^{er} décembre 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°46 note MARON (A.).

³ JEANDIDIER (W.), « La présomption d’innocence ou le poids des mots », *RSC* 1991 p. 50 à 52.

⁴ Article 312-4 : « Peut être partie pénale la personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant plausible sa participation comme auteur ou complice à la commission d’une infraction ». La qualité de partie pénale serait une condition préalable au contrôle judiciaire, à l’assignation à résidence et à la détention provisoire (article 312-6). La notion de « partie pénale » est en fait synonyme de mis en examen dans cette hypothèse. En revanche, de simples indices rendant plausible sa participation suffiraient pour l’octroi de la qualité de partie assistée (article 312-16).

⁵ Article 395 CPP.

⁶ Article 495-10 CPP.

135. La rétention des mineurs de 10 à 13 ans n'est également possible qu'en présence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation à un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement en vertu de l'article 4§1 de l'ordonnance du 2 février 1945¹ en sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011². De même, depuis la loi du 15 juin 2000³, les mandats de comparution, d'amener et d'arrêt ne peuvent, en vertu de l'article 122 du Code de procédure pénale, n'être décernés qu'à l'encontre d'une personne « à l'égard de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'une infraction, y compris si cette personne est témoin assisté ou mise en examen ».

136. Aujourd'hui, la plupart des mesures de contrainte sont ainsi subordonnées soit aux raisons plausibles soit aux indices graves ou / et concordants. Le choix entre ces expressions semble lié à la gravité de la mesure de contrainte mise en œuvre. Ces notions sont l'expression de la gradation des mesures de contrainte.

2°/ Une gradation progressive des hypothèses de contrainte

137. L'adoption de ces expressions pour déterminer les hypothèses de recours aux mesures de contrainte, malgré leur caractère incertain, montre que le législateur français tend à la mise en place de seuils de contrainte.

138. Des notions incertaines. Dans une volonté de clarifier les conditions préalables à la contrainte, comme évoqué précédemment, le législateur a de plus en plus recours aux expressions de « raisons plausibles de soupçonner » et d'« indices graves ou / et concordants. Pourtant leur contenu est extrêmement incertain.

139. Si le législateur a multiplié les références à l'expression « raisons plausibles de soupçonner », il n'a pas pris soin de la définir précisément. L'étude de la jurisprudence ne permet pas réellement de cerner le contenu de cette notion qui semble laissée à l'appréciation des juges

¹ Ordonnance n°45-174 relative à l'enfance délinquante.

² Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

³ Préc.

du fond¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation n’a pas, semble-t-il, à ce jour expressément défini le contenu des raisons plausibles de soupçonner. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis qu’elles pouvaient être constituées par un faisceau d’éléments tendant à montrer l’implication de la personne dans la réalisation de l’infraction, faisceau fondé notamment sur les dénonciations d’un tiers². De même, constituent des raisons plausibles de soupçonner « des éléments recueillis par la Marine française avant même l’arraisonnement du navire (largage en mer de colis suspects en provenance d’un bateau qui n’arborait aucun pavillon au moment de l’arrivée du Tonnerre à proximité et n’a pas répondu aux interrogations par radio du Tonnerre ; réaction positive au test à la cocaïne de l’un des ballots jetés à la mer) »³. La circulaire d’application de la loi du 15 juin 2000 du 4 décembre 2000 a indiqué que « la loi n’exige pas que les indices relevés contre une personne présentent une certaine gravité pour permettre son placement en garde à vue, qui reste possible quelle que soit l’importance ou la nature des indices en cause. [...] Il peut s’agir d’indices matériels, mais également de la mise en cause d’un tiers, des déclarations de l’intéressé que contrediraient les constatations des enquêteurs, du comportement anormal de la personne sur le lieu des faits, etc »⁴. Il est possible de déduire de ces divers éléments que les raisons plausibles consistent en des éléments de fait permettant de considérer de manière objective que l’individu est susceptible d’avoir participé à une infraction. Il ne s’agit à ce stade que d’une simple possibilité. D’ailleurs, cette tentative de définition est confirmée par le droit européen et le droit américain qui appliquent depuis longtemps des notions similaires.

L’article 5§1 de la Convention européenne des droits de l’homme exige que l’arrestation et la détention soient subordonnées à l’existence de « raisons plausibles de soupçonner » que la personne a commis une infraction. Selon la Cour européenne des droits de l’homme cette expression n’implique pas que « la police ait rassemblé des preuves suffisantes pour porter des accusations, soit au moment de l’arrestation, soit pendant la garde à vue »⁵, mais il faut que les indices réunis à ce stade de la procédure soient des « faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l’individu en cause peut avoir accompli l’infraction »⁶.

Selon le IV^e amendement américain, « nul mandat ne pourra être délivré, sinon lorsqu’il y a une cause probable de culpabilité, appuyée par serment ou déclaration solennelle et le mandat devra

¹ Crim. 4 janvier 2005, *D.* 2006 p. 761 note LENNON (J.L.) ; *Dr. Pén.* 2005 Comm. n° 49 obs. MARON (A.) ; JCP 2005 II 10176 note CONTE (P.) ; *AJ Pénal* 2005 p. 160 obs. LEBLOIS-HAPPE (J.).

² Crim. 6 mai 2009, pourvoi n°07-85017 et 08-86424, inédit.

³ Crim. 29 avril 2009, *Bull.* n°83.

⁴ Circulaire CRIM. 00-F3 F1 n°2529 §1.1.11.

⁵ CEDH 28 novembre 1988, Brogan et autres, Requêtes n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, §53.

⁶ CEDH 30 août 1990, Fox, Campbell et Hartley, Requêtes n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86, §32.

préciser [...] les personnes qui doivent être arrêtées ». En matière de perquisition, la Cour suprême américaine, se fondant sur cet amendement, exige « une cause plausible », une « probabilité sérieuse qu'on trouve de la contrebande ou des preuves d'un crime dans un endroit particulier »¹. La Cour suprême précise qu' « en traitant de la cause probable, nous traitons, comme son nom l'indique, de probabilité. Il ne s'agit pas de considérations techniques mais de considérations de fait, tirées de la vie quotidienne, sur lesquelles se fondent non pas des techniciens mais des hommes prudents et raisonnables... Il y a cause probable là où les faits et les circonstances personnellement connus (du policier) ou ceux dont il a été informé de manière raisonnablement crédible sont intrinsèquement suffisants pour permettre à un homme normalement prudent de penser qu'une infraction a été commise ou est en train de se commettre... ». La Cour poursuit « Exiger plus (du policier) serait brider sans raison l'application de la loi. Se satisfaire de moins serait laisser le citoyen honnête à la merci du caprice des policiers »².

Ainsi, l'expression « raisons plausibles de soupçonner » impose d'avoir au préalable réuni des éléments objectifs permettant de penser qu'une infraction a eu lieu ou est en train de se commettre et que l'individu soumis à une mesure de contrainte est susceptible d'y avoir participé. L'expression « raisons plausibles de soupçonner » renvoie à une apparence objective de réalisation d'une infraction ou de lien entre une personne et cette infraction.

Il est possible de se demander si d'autres expressions utilisées par le législateur interne n'imposent pas ces mêmes éléments. Les notions de « susceptible de », « plausible », « probable » et « vraisemblable » ou encore l'expression « personne paraissant avoir » sont toutes synonymes de « possible ». Ainsi, l'expression « personnes paraissant avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés » utilisée en matière de perquisition implique-t-elle réellement une différence de degré des indices recueillis préalablement par rapport à la notion de « raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction [...] ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête » reprise par l'article 78-2 alinéa 1 ? N'y a-t-il pas là encore la simple exigence d'une apparence objective d'imputation de l'infraction constatée à la personne soumise à la contrainte³ ou tout au moins une apparence objective que la personne est susceptible de fournir des renseignements ?

¹ VROOM (C.), « La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux Etats-Unis », *RSC* 1988 p. 487 à 495.

² Cour suprême des USA, *Brimegar*, [1949] 338 US 89 citée in CEDRAS (J.), *La justice pénale aux Etats-Unis*, Economica / PUAM, coll. Le point sur, 1990, p. 169.

³ Voir sur ce point LAURENT (N.), *La notion de suspect, op. cit.*, n°270 à 272.

Les écoutes téléphoniques constituent, quant à elles, une exception notable en ce que la loi n’a pas expressément indiqué la nécessité d’avoir réuni certains indices préalablement. La circulaire du 26 septembre 1991 a précisé qu’il résulte de ce silence que « une interception de correspondances peut être ordonnée à l’encontre d’un [mis en examen] et de toute personne paraissant avoir participé aux faits, objet de l’information, ou susceptible de détenir des renseignements relatifs à ces faits ». Si la notion de mis en examen vise les personnes à l’encontre desquelles il existe des indices graves ou / et concordants, l’expression « personne paraissant avoir participé aux faits ou susceptible de détenir des renseignements » peut être rapprochée de celle de « raisons plausibles de soupçonner ». Une telle disposition paraît, par conséquent, par trop peu protectrice de la liberté individuelle en ce qu’il ne s’agit que d’une simple circulaire qui n’a aucune force juridique et qu’elle ne précise pas clairement le seuil minimal de recours à cette mesure de contrainte. Il serait dès lors souhaitable que le législateur répare son oubli. De même, l’article 78-2 alinéa 4 autorise le contrôle d’identité de toute personne dans une zone frontalière de vingt kilomètres ou dans les aéroports, gares et ports. Le législateur ne fait ainsi pas référence aux critères traditionnels de la contrainte. Il pourrait être argué qu’il ne s’agit en effet pas d’un contrôle judiciaire d’identité mais d’un simple contrôle préventif, c’est-à-dire administratif. Toutefois, la Cour de justice de l’Union Européenne a estimé qu’en l’absence d’une telle référence, cette disposition est contraire au Traité de l’Union Européenne¹. L’expression « raisons plausibles de soupçonner » pourrait être étendue à ces différentes mesures de contrainte sans que les exigences de recours à ces mesures ne soient réellement modifiées. Une telle extension aurait l’avantage de clarifier les conditions préalables à la contrainte.

140. Le législateur n’a également pas pris soin de préciser le contenu des indices graves ou / et concordants. Aucun arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne tente de procéder à une telle définition. La circulaire du 20 décembre 2000 relative à la loi du 15 juin 2000 a tenté de définir la notion d’indices graves ou concordants par référence à l’article 105 du Code de procédure pénale. Toutefois, elle ne donne que quelques exemples. Ainsi, elle indique qu’« une personne contre laquelle le seul indice de culpabilité résulte de sa mise en cause par la victime ou par un témoin, si cette mise en cause n’est pas circonstanciée (par exemple la victime ou le témoin pense avoir reconnu la personne, sans pouvoir l’affirmer avec certitude), ne peut être mise en examen car un tel indice ne peut être considéré comme grave. S’il existe toutefois d’autres

¹ CJUE 22 juin 2010, Aff. Melki et Abdeli ; PERRIER (J.B.), « Précisions de la CJUE sur les contrôles d’identité et sur la question prioritaire de constitutionnalité », *AJ pén.* 2010 p. 343.

indices de culpabilité, comme par exemple la preuve matérielle de la présence de l'intéressé sur le lieu des faits malgré ses dénégations, l'impossibilité pour la personne de préciser son emploi du temps au moment des faits ou sa reconnaissance par d'autres témoins, la mise en examen est alors possible car il existe des indices concordants. Une mise en cause formelle et argumentée de la victime ou d'un témoin constitue un indice de culpabilité suffisamment grave pour permettre, même en l'absence d'autres indices concordants, la mise en examen de la personne »¹. La circulaire semble dès lors assimiler l'expression « indices graves ou concordants » à celle d'indices sérieux de culpabilité qui était utilisée par le législateur avant 1993. Il est donc encore une fois légitime de se demander s'il existe une réelle modification autre que de pure forme. Il est vrai que la volonté des lois de 1993 et de 2000 était de renforcer la présomption d'innocence, et à ce titre de supprimer toute référence à la notion de culpabilité. Le législateur n'a ainsi pas réellement souhaité modifier les conditions préalables à ces différentes mesures de contrainte. D'ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 septembre 2009 assimile « indices graves ou concordants » et « indices rendant vraisemblable la commission de l'infraction »². La notion d'indices graves ou concordants semble dès lors pouvoir être définie comme renvoyant soit à un faisceau d'indices, soit à un seul indice mais suffisamment sérieux pour rendre vraisemblable la participation de l'individu à une infraction. Un degré supérieur à la seule apparence des raisons plausibles de soupçonner est ici atteint. Par l'expression « indices graves et concordants », le législateur exige cette fois-ci une série d'indices sérieux.

Cette définition des indices graves et concordants est à rapprocher de certaines expressions utilisées par le législateur, permettant, encore une fois, de regretter l'absence d'harmonisation totale. Ainsi, l'article L. 3354-1 du Code de la santé publique dispose que « les officiers ou agents de la police judiciaire doivent, lors de la constatation d'un crime, d'un délit ou d'un accident de la circulation, faire procéder, sur la personne de l'auteur présumé, aux vérifications prévues au I de l'article L. 234-1³ du Code de la route destinées à établir la preuve de la présence d'alcool dans son organisme lorsqu'il semble que le crime, le délit ou l'accident a été commis ou causé sous l'empire d'un état alcoolique. Ces vérifications sont obligatoires dans tous les cas de crimes, délits ou accidents suivis de mort ». Elles consistent en « analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques » tels que prise de sang, analyse de sang et interprétation médicale des résultats recueillis sur la personne de « l'auteur présumé ». Ces opérations sont étendues aux auteurs présumés d'une conduite en état d'ivresse par l'article L. 224-1 du Code de la route. La notion

¹ Circulaire CRIM. 2000-16 F1 du 20 décembre 2000, §1.1.1.1.1.

² Crim. 2 septembre 2009, pourvoi n°08-87616, inédit.

³ Il s'agit en réalité de l'article L.234-4 alinéa 4 du Code de la route.

d’auteur présumé n’est pas contraire à la présomption d’innocence. Elle ne fait que souligner la nécessité d’avoir réuni un certain nombre d’indices laissant penser que la personne est l’auteur des faits¹. Par cette expression, comme avec les « indices graves et concordants », le législateur impose une quasi-certitude.

141. Vers des seuils de contrainte. Avec l’introduction des notions de « raisons plausibles de soupçonner » et « d’indices graves ou / et concordants », le législateur semble ainsi souhaiter éviter toute référence à une présomption de culpabilité tout en exigeant la réunion préalable d’éléments suffisamment importants. Au regard des différentes tentatives de définitions précédentes, il est possible d’établir une gradation entre les « raisons plausibles de soupçonner », les « indices graves ou concordants », les « indices graves et concordants », et enfin les charges qui vont permettre de renvoyer la personne devant les juridictions de jugement. La Cour de cassation a d’ailleurs confirmé un arrêt d’une chambre de l’instruction qui souligne bien cette idée de gradation. Selon cet arrêt, « si, lors de son placement en garde à vue, il existait à l’encontre de David X. une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’il avait commis les infractions qui lui étaient reprochées, les indices réunis en l’état, à son encontre, n’étaient pas encore suffisamment graves et concordants et méritaient d’être confrontés pour justifier une mise en examen de la personne soupçonnée »². La loi du 5 mars 2007³ a introduit un nouveau recours à l’article 80-1-1 du Code de procédure pénale qui reprend cette idée de gradation des seuils de vraisemblance. En effet, cet article permet à la personne mise en examen de « demander au juge d’instruction de revenir sur sa décision de mise en examen et de lui octroyer le statut de témoin assisté si elle estime que les conditions prévues par les premier et troisième alinéas de l’article 80-1 ne sont plus remplies ». Ces conditions des premier et troisième alinéas sont l’existence d’indices graves ou concordants et l’impossibilité de recourir à la procédure de témoin assisté. Dans l’esprit du législateur, la distinction entre ces notions est en réalité une question de qualité des éléments réunis, la certitude de la commission d’une infraction et de son imputation à une personne déterminée étant de plus en plus grande. La procédure pénale va d’une simple possibilité de trouble à l’ordre public, d’une simple apparence objective d’existence d’une infraction, qui va permettre l’intervention de la police judiciaire, à une quasi certitude, ou tout au moins à une preuve d’une qualité suffisante pour convaincre le juge répressif de condamner la personne jugée,

¹ CAULLET (M.), « Terminologie criminelle et droit de l’inculpation », *RJC* 1954 p. 329 à 353.

² *Crim.* 28 avril 2004, *Bull.* n°102.

³ Loi n°2007-289 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale.

en passant par une apparence vraisemblable¹ ou une apparence objective d'imputation de l'infraction. Chacun de ces seuils de vraisemblance permet le déclenchement de telle ou telle mesure de contrainte.

142. A travers les différentes expressions utilisées, le législateur semble vouloir adapter la gravité de la mesure de contrainte à la gravité des indices déjà réunis. Il met ainsi peu à peu en place des « seuils de vraisemblance »² permettant la gradation de la contrainte au fil de la procédure. Ces seuils de vraisemblance constituent des seuils minimaux à atteindre pour que telle ou telle mesure de contrainte puisse être mise en œuvre. Plus la contrainte est grave, plus la qualité de la preuve déjà obtenue doit être importante. Il est dès lors regrettable que le législateur continue à utiliser des notions différentes même si cela s'atténue au fil des réformes. L'homogénéisation de ces seuils aurait l'avantage d'encadrer les cas de contrainte de manière plus stricte et sans doute plus claire qu'à l'heure actuelle. Le respect du principe de légalité et, partant, la protection de la liberté individuelle seraient ainsi renforcés³.

143. En vertu du principe de légalité, le législateur attribue les différents titres de contrainte à certaines autorités. Cependant, là encore, la mise en œuvre de ce corollaire du principe de légalité conduit à constater la relativité du respect de ce dernier.

¹ CONTE (P.), « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale », *RSC* 1985 p. 471 à 503.

² Voir notamment GUERY (G.), « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP* 1998 I 140.

³ Certes, Mademoiselle Laurent fait remarquer que ce sont les mêmes éléments qui vont fonder la constatation d'une infraction et l'arrestation d'une personne déterminée. Voir LAURENT (N.), *La notion de suspect, op. cit.*, n°268, 273, 275, 276, 279, 294, et 331. Cependant, il semble que cette remarque doit être précisée. Matériellement il peut arriver, en particulier dans le cadre de la flagrance, que ce soit les mêmes éléments qui vont permettre de caractériser la possibilité de la commission d'une infraction et l'apparence objective d'imputation de l'infraction à une personne. Ainsi, dans le cas de l'article 73, les mêmes éléments de fait permettent d'établir cette double certitude. En effet, l'article 73 du Code de procédure pénale dispose que « dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire ». S'il peut paraître étonnant de parler d'auteur alors que l'on ne se situe qu'au stade de l'enquête, le législateur a ainsi, semble-t-il, souhaité conditionner la mise en œuvre de la contrainte par tout citoyen à la double certitude de la commission d'une infraction et de son imputation à la personne soumise à la contrainte, certitude qui doit être acquise à l'instant même. Cette condition permet une meilleure protection de la liberté individuelle en limitant au maximum le recours à la contrainte par les simples citoyens. Toutefois, si la « découverte » des éléments permettant d'établir la possibilité d'une infraction et celle des éléments permettant de constater une apparence objective d'imputation à une personne déterminée, peuvent parfaitement être simultanées et résulter des mêmes éléments matériels, elles sont en général séparées dans le temps.

§2- La légalité relative de l’attribution du pouvoir de contrainte

144. La lecture du Code de procédure pénale permet de constater que le législateur français a procédé à un véritable éclatement du pouvoir de contrainte dans un apparent souci de protection de la liberté individuelle (A). Cette étude montre également qu’il existe aujourd’hui une certaine « superposition » des pouvoirs en la matière (B).

A- L’éclatement du pouvoir de contrainte

145. Le législateur français a réparti le pouvoir de contrainte entre les services de police (1°) et certains membres de l’autorité judiciaire (2°).

1°/ Les services de police

146. Les services de police sont *a priori* les principaux titulaires du pouvoir de contrainte. Toutefois, une lecture attentive des dispositions du Code de procédure pénale permet de nuancer ce constat. Seuls certains membres de la police judiciaire, les officiers de police judiciaire, sont réellement titulaires de ce pouvoir.

147. Les titulaires principaux de la contrainte. Que ce soit dans le cadre d’une enquête préliminaire ou d’une enquête de flagrance, la police judiciaire peut décider seule de recourir à certaines mesures de contrainte, l’autorité judiciaire n’intervenant qu’*a posteriori* à titre de contrôle. Ainsi, les services de police judiciaire décident des « opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d’examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l’enquête » en vertu de l’article 55-1 du Code de procédure pénale dans le cadre de l’enquête de flagrance. Outre les contrôles et vérifications d’identité, les services de police judiciaire peuvent également procéder d’office aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies, défendre à toute personne de s’éloigner du lieu de l’infraction jusqu’à la clôture des opérations, ou encore décider de placer une personne en garde à vue.

Ce pouvoir de décision d'office par la police judiciaire de certaines mesures de contrainte peut s'expliquer par l'urgence à procéder à ces mesures pour la recherche des indices. Demander l'autorisation à un magistrat pour procéder à un contrôle d'identité ou une vérification d'identité ou encore à une garde à vue, serait en effet source de formalités et de perte de temps considérables et supposerait une privation de liberté de la personne dans l'attente de la décision du magistrat, ce qui au final aggraverait l'atteinte à la liberté individuelle. Dans la pratique quotidienne, ce sont ainsi les services de police qui ont le plus souvent l'initiative de la contrainte. L'attribution du pouvoir de contrainte à ces services leur permet d'accomplir leur mission de maintien de l'ordre public, garantie des droits et libertés individuels selon la théorie du contrat social. L'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme dispose d'ailleurs que « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». La force publique est entendue aujourd'hui au sens matériel de police nationale et gendarmerie nationale. Pour les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme, la sauvegarde de la liberté individuelle suppose l'existence d'une contrainte étatique¹.

Au regard des dispositions du Code de procédure pénale, il est toutefois possible d'établir une sorte de grille de compétences des différents membres de la police.

148. Les OPJ véritables titulaires de la contrainte. Ainsi, alors que les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints ne peuvent décider seuls que de l'arrestation d'une personne en cas de flagrance, au même titre que tout particulier en vertu de l'article 73, toutes les autres mesures de contrainte attribuées à la police judiciaire relèvent de la compétence des officiers de police judiciaire. Les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints n'interviendront que sur ordre et sous le contrôle des officiers de police judiciaire pour les autres mesures de contrainte. Ainsi, seul l'officier de police judiciaire dispose réellement du pouvoir de contrainte.

149. Le législateur français a également attribué, au fil des réformes, un pouvoir de contrainte à certains membres de l'autorité judiciaire.

¹ PICARD (E.), « Article 12 » in sous la direction de CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaire*, op. cit., p. 249 à 272.

2°/ L’autorité judiciaire

150. L’intervention de l’autorité judiciaire est une garantie fondamentale de la liberté individuelle. Les magistrats du siège n’ont toutefois qu’un pouvoir de contrainte relativement restreint, le ministère public ayant, en pratique, un rôle récurrent.

151. Une garantie de la liberté individuelle. Selon l’article 66 de la Constitution de 1958, l’autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. La loi du 15 juin 2000¹ reprend ce principe en l’intégrant de manière expresse au Code de procédure pénale s’agissant des seules mesures de contrainte. En effet, depuis lors, l’article préliminaire du Code de procédure pénale dispose que « les mesures de contrainte dont cette personne peut faire l’objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l’autorité judiciaire ». Le législateur français a ainsi prévu deux modes d’intervention de l’autorité judiciaire en matière de mise en œuvre de la contrainte, puisque soit elle intervient au moment même de la décision de recours à la mesure de contrainte et est ainsi titulaire du pouvoir de contrainte en vertu de la doctrine du contrôle incorporé², soit elle intervient *a posteriori*, de manière facultative, en cas de recours. Dans quels cas le législateur opte-t-il pour un contrôle incorporé ou au contraire pour un contrôle *a posteriori* ? Une protection effective de la liberté individuelle devrait conduire à considérer que toutes les mesures de contrainte les plus graves sont soumises à un contrôle incorporé de l’autorité judiciaire. Au contraire, les mesures les moins graves pourraient être laissées à la libre appréciation de la police, dès lors qu’un contrôle *a posteriori* serait possible. Ainsi, alors que les simples restrictions à la liberté individuelle pourraient être décidées d’office par la police, les privations de liberté seraient ordonnées par l’autorité judiciaire.

152. S’agissant des mesures privatives de liberté, au regard du droit positif, il semble toutefois nécessaire de nuancer cette idée. En effet, certaines privations de liberté, telles que la vérification d’identité, la rétention des témoins ou la garde à vue sont décidées par la police. Seules les mesures les plus graves, telles que l’assignation à résidence ou la détention provisoire sont décidées par un membre de l’autorité judiciaire. Toutefois, la répartition entre services de police et autorité judiciaire se brouille. En effet, lors d’une instruction, par exemple, certaines mesures

¹ Préc.

² PRADEL (J.) et CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. Précis, 1999, n°328.

de contrainte décidées d'office par les services de police lors de l'enquête de flagrance ou préliminaire, telles que garde à vue ou perquisition, pourront être mises en œuvre par ces services mais à l'initiative du juge d'instruction.

153. De plus, il ne faut pas oublier que la notion d'autorité judiciaire en droit français désigne à la fois le ministère public et les magistrats du siège, bien que cela soit discuté¹. Toutefois, ces derniers n'ont en réalité qu'un pouvoir de contrainte relativement restreint.

154. Le rôle restreint des magistrats du siège. Le législateur semble avoir établi une sorte de gradation entre les titulaires de la contrainte membres de l'autorité judiciaire en fonction de la gravité de celle-ci. En effet, lorsque le ministère public a le pouvoir de décider seul du recours à une telle mesure, il semble qu'il s'agisse des hypothèses de contrainte les moins graves, les mesures les plus graves étant décidées par des magistrats du siège parfois à la requête du ministère public. Ainsi, en vertu de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, le contrôle d'identité peut être ordonné par le procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise dans les lieux et pour une période de temps déterminés. La loi du 9 mars 2004² a également prévu la possibilité pour le procureur de la République de décerner un mandat de recherche, et donc ainsi d'ordonner l'arrestation de la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction³. De même, la prolongation de la garde à vue à l'issue des premières vingt-quatre heures ne peut être ordonnée que par le procureur de la République. En revanche, les prolongations exceptionnelles de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures en cas d'infractions dites de criminalité organisée, sont ordonnées, à la requête du procureur de la République, par le juge des libertés et de la détention ou par le juge d'instruction⁴. La loi du 9 mars 2004⁵ a institué un véritable monopole du juge d'instruction en matière de perquisitions effectuées en dehors des heures légales dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire relative à l'une des infractions relevant de la criminalité organisée. De plus, depuis cette loi, l'article 706-96 du Code de procédure pénale dispose que « lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut,

¹ Sur le débat relatif à la qualification d'autorité judiciaire du ministère public, voir infra n°250.

² Préc.

³ Articles 70 et 77-4 CPP.

⁴ Article 706-88 CPP.

⁵ Préc.

après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l’enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans les lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l’image d’une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l’autorité et le contrôle du juge d’instruction ». Le procureur de la République n’émet ici qu’un simple avis. Une fois encore, le juge d’instruction peut parfaitement passer outre une éventuelle opposition du procureur de la République. De plus, alors qu’en matière de détention provisoire, la décision finale est prise par le juge des libertés et de la détention, c’est-à-dire un troisième magistrat après étude des arguments des deux premiers, ici seul le juge d’instruction prend la décision. Les écoutes téléphoniques, quant à elles, sont ordonnées par le juge d’instruction en vertu des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale. Le législateur a ici institué un monopole du juge d’instruction qui n’a même pas besoin d’obtenir les réquisitions du ministère public. Le législateur a ainsi condamné les interceptions téléphoniques ordonnées par le procureur de la République dans le cadre des enquêtes de flagrance et préliminaires, confirmant la jurisprudence de la Cour de cassation qui les avait préalablement déclarées illicites¹.

Les mesures de contrainte les plus graves sont ainsi attribuées à des magistrats du siège.

155. Ces diverses dispositions soulignent le rôle assez accessoire que peuvent jouer les magistrats du siège dans la pratique quotidienne. En effet, leur intervention est limitée soit à la criminalité organisée soit à l’ouverture d’une instruction. En 2009, seules 20 899 affaires ont fait l’objet d’une instruction sur 673 684 poursuites, soit 3,1% des affaires². Une meilleure protection de la liberté individuelle ne devrait-elle pas conduire le législateur à renforcer le rôle des magistrats du siège en la matière, en particulier en développant les hypothèses où le pouvoir de contrainte leur est attribué de manière exclusive ? Actuellement, le membre de l’autorité judiciaire intervenant de manière récurrente en matière de contrainte est, en réalité, le ministère public, dont la qualité d’autorité judiciaire est aujourd’hui discutée³.

¹ Ass. Plen. 24 novembre 1989, Bull. n°2.

² *Les chiffres clés de la Justice 2010*. Il faut d’ailleurs souligner qu’en 2008, le pourcentage s’élevait à 3,5%. Une légère diminution peut ainsi être relevée.

³ Voir infra n°250 pour le débat actuel relatif à la qualification d’autorité judiciaire du ministère public.

156. A cet éclatement du pouvoir de contrainte s'ajoute une véritable superposition des pouvoirs en la matière brouillant d'autant la lisibilité de la répartition des titres de contrainte contrairement à la clarté et à la précision que suppose le principe de légalité.

B- La superposition des pouvoirs de contrainte

157. En matière de contrainte, le ministère public cumule deux missions qui peuvent paraître contradictoires au regard de la protection de la liberté individuelle (1°). En outre, certaines mesures de contrainte sont attribuées à diverses autorités (2°). Cette double superposition, à la fois fonctionnelle et matérielle, rend peu lisibles les règles régissant les mesures de contrainte. Elle porte ainsi atteinte à la clarté de la loi, corollaire du principe de légalité.

1°/ La double mission du ministère public

158. En raison des liens unissant la police judiciaire et le ministère public français, ce dernier contrôle de nombreux cas de contrainte en pratique. Ce lien a toutefois fait l'objet de nombreux débats au niveau européen.

159. Les liens entre la police judiciaire et le ministère public français. Si les services de police peuvent décider d'office de recourir à certaines mesures de contrainte, ils doivent toujours en rendre compte au procureur de la République, puisque celui-ci les dirige. Que ce soit pour prendre la décision relative au déclenchement ou non de l'action publique ou pour décider le sens de ses réquisitions lors de l'audience de jugement, le ministère public doit non seulement connaître le fait qu'une infraction a eu lieu, mais aussi réunir les indices de la commission de cette infraction et de son imputabilité à la personne poursuivie¹. Aussi, le ministère public a-t-il la

¹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandation Rec (2000) 19 adoptée le 6 octobre 2000 relative au rôle du ministère public dans le système de justice pénale, édition du Conseil de l'Europe, 2001, n°23 ; BUISSON (J.), « Le rôle du ministère public dans le domaine pénal, exposé de M. Jacques Buisson présenté par M. Laurent Mayer », in *Le rôle du ministère public dans une société démocratique, réunion multilatérale organisée par le conseil de l'Europe en coopération avec Intercenter, Messine (Sicile), 5 et 7 juin 1996*, Editions du conseil de l'Europe, Démo-Thémis, 1997, p. 55 à 68. Cette nécessité est d'ailleurs à l'origine de l'apparition de l'enquête officieuse et de la reconnaissance de sa validité par la Chambre criminelle malgré les nombreuses controverses qu'elle suscitait avant que le législateur ne la légalise sous le nom d'enquête préliminaire. Sur ce point voir HENRY (H.), *Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal*, op. cit., p. 98 ; DONNEDIEU DE VABRES (H.) *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1938, n°1252 ; VIDAL (G.), *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd. refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence à partir de la 5^e éd. par MAGNOL (J.), Tome

direction de l’enquête et de la police judiciaire¹, afin de pouvoir procéder ou faire procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale². En vertu de l’article 40 du Code de procédure pénale, la police judiciaire doit transmettre au procureur de la République « tous les renseignements, procès-verbaux et actes » relatifs aux infractions dont elle a connaissance. Il faut d’ailleurs noter que ce lien entre le ministère public et la police judiciaire semble encore renforcé par la mise en place des services dits de traitement direct, puisque ces derniers impliquent un contact régulier et direct entre les services du procureur et les services de police. Par cette direction de l’enquête et de la police judiciaire, le procureur de la République bénéficie ainsi d’un droit de regard sur l’ensemble des actes effectués par la police judiciaire et plus particulièrement sur certaines mesures de contrainte³. Conformément, aux dispositions de l’article préliminaire du Code de procédure pénale, lorsqu’il n’a pas de rôle d’initiative en matière de contrainte, le ministère public dispose ainsi d’un pouvoir de contrôle de ces mesures. A ce titre il est garant du respect du principe de légalité de la contrainte probatoire. Ces liens unissant le ministère public et les services de police font l’objet d’interrogations au niveau européen.

160. Les débats européens. Lors de la rédaction de la Recommandation 2000 (19) du Conseil de l’Europe sur les principes directeurs pour les ministères publics d’Europe, les rapports entre le ministère public et la police ont donné lieu, au sein du Comité de rédaction, à de nombreux débats. Les liens entre les services de police et le ministère public ne font, en effet, pas l’objet d’un consensus entre les divers pays européens. Alors que certains systèmes reconnaissent une totale indépendance de la police à l’égard du ministère public, d’autres systèmes, comme le système français, reconnaissent un pouvoir de direction et de contrôle de la police au ministère public. Les auteurs de la Recommandation ont finalement « tenu à insérer dans le texte un principe général commun à tous les systèmes juridiques, sous forme d’une double prérogative pour le ministère public, appelé à « vérifier la légalité des enquêtes de police » et « à contrôler la façon dont la police respecte les droits de l’homme » (article 21) ». Il a également été précisé à l’article 22 que pour les systèmes reconnaissant déjà un droit de regard du ministère public sur la

II, éd. Rousseau, 1949, n°812 et 812 bis ; Crim. 9 mars 1855, *S.* 1856 1 p. 545 ; Crim. 26 juin 1879, *S.* 1879 p. 288 ; Crim. 5 juillet 1928, *S.* 1930 1 p. 115 ; PATARIN (J.), « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in sous la direction de STEFANI (G.), *Quelques aspects de l’autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 7 à 76 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel Tome II Procédure pénale*, Cujas, 5e édition, 2001, n°251 et 252.

¹ Articles 12 et 13 du CPP.

² Article 41 du CPP.

³ Sur ce point voir BUISSON (J.), « Le rôle du ministère public dans le domaine pénal, exposé de M. Jacques Buisson présenté par M. Laurent Mayer », préc.

police, l'Etat devait « prendre les mesures utiles pour rendre plus effectifs les pouvoirs de direction et de contrôle du ministère public, en habilitant ce dernier à donner à la police, au-delà des instructions individuelles, toutes instructions utiles « pour une application effective des priorités de politique pénale, s'agissant en particulier de l'élucidation des affaires, du mode de recherche des preuves, des moyens en personnel à utiliser, de la durée des enquêtes, de l'information du ministère public, etc. ; à choisir, pour toute affaire individuelle le service de police qu'il juge adéquat ; à procéder aux évaluations et aux contrôles nécessaires au respect de ses instructions et de la loi », et, dans l'hypothèse où ses instructions ne seraient pas respectées, à « sanctionner ou faire sanctionner le cas échéant d'éventuelles violations »¹. Au regard de cette recommandation, le ministère public apparaît ainsi comme le garant du respect du principe de légalité par les services de police judiciaire. Le double rôle du ministère public qui est à la fois titulaire de certains pouvoirs de contrainte et contrôleur d'autres cas de contrainte conduit toutefois à s'interroger sur la compatibilité de ces deux missions. D'ailleurs, les recommandations européennes n'envisagent pas le rôle du ministère public en tant que titulaire du pouvoir de contrainte.

161. Cette double mission du ministère public peut paraître manquer de clarté pour les personnes soumises à une mesure de contrainte. Cette impression est renforcée par l'attribution du même pouvoir de contrainte à diverses autorités.

2°/ L'attribution variable du pouvoir de contrainte

162. Le législateur attribue certaines mesures de contrainte à plusieurs autorités. Le titulaire du pouvoir de contrainte est alors fonction soit du cadre juridique de mise en œuvre de la mesure de contrainte soit du but de cette mise en œuvre.

163. L'attribution en fonction du cadre juridique. Le législateur va parfois attribuer le même pouvoir de contrainte à différentes autorités en raison de la gravité des faits. Alors que les perquisitions sont en principe décidées d'office par les services de police, leur mise en œuvre dans

¹ *Recommandation Rec (2000) 19 adoptée par le comité des ministres du conseil de l'Europe le 6 octobre 2000*, préc.; ROBERT (M.), « La Recommandation 2000 (19) du Conseil de l'Europe sur les principes directeurs pour les ministères publics d'Europe », *RSC* 2002 p. 47 à 58.

certaines hypothèses particulières, comme en matière de terrorisme, a lieu en vertu de l’article 78-2-2 Code de procédure pénale sur « réquisitions », bien que l’utilisation de ce terme semble maladroite, du procureur de la République. De même, depuis la loi du 9 mars 2004¹, l’article 76 du Code de procédure pénale dispose que « si les nécessités de l’enquête relative à un délit puni d’une peine d’emprisonnement d’une durée égale ou supérieure à cinq ans l’exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article [c’est-à-dire les perquisitions, visites domiciliaires et saisies] seront effectuées sans l’assentiment de la personne chez qui elles ont lieu » alors même que l’on se situe dans le cadre d’une enquête préliminaire. De plus, la loi Perben II permet au juge des libertés et de la détention d’ordonner, à la requête du procureur de la République, la réalisation de perquisitions, visites domiciliaires et saisies en dehors des heures légales, en tout lieu dans le cadre d’une enquête de flagrance, et dans les lieux autres que les locaux d’habitation dans le cadre d’une enquête préliminaire, dès lors que l’enquête est relative à l’un des cas de criminalité organisée énumérés par l’article 706-73 du Code de procédure pénale².

164. Cela conduit, d’ailleurs, à se demander si le législateur ne crée pas peu à peu un cadre juridique distinct en fonction de cette gravité. Le législateur consacrerait ainsi progressivement de manière implicite l’enquête proactive. L’objectif de cette enquête est de constater la réalisation d’une infraction ou d’empêcher sa réitération³. Selon Monsieur Pradel, l’enquête proactive est « l’ensemble des investigations utilisant le plus souvent des techniques spéciales pour prévenir la commission probable d’infractions ou détecter des infractions déjà commises, mais encore inconnues »⁴. Cette enquête suppose dès lors le caractère occulte de l’infraction, caractéristique des infractions énumérées par le législateur comme constitutives de la délinquance et de la criminalité organisées. Ce type d’enquête est l’objet de nombreuses critiques en raison des dérives possibles. Aussi, certaines garanties seraient-elles indispensables telles que l’attribution des pouvoirs de contrainte à l’autorité judiciaire⁵. Dès lors, cela justifierait la superposition des compétences pour une même mesure de contrainte pourtant contraire à la compréhension de la loi.

¹ Préc.

² Articles 706-89 et 706-90 CPP.

³ Voir notamment DALLEST (J.), « La JIRS de Marseille : un lustre d’activité dans la lutte contre la grande criminalité », *AJ pén.* 2010 p. 114.

⁴ PRADEL (J.), « De l’enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998 p. 57.

⁵ *Ibid.*

165. L'attribution en fonction du but de la mesure. Le législateur répartit, parfois, le pouvoir de contrainte en fonction du but de la mise en œuvre de la mesure de contrainte décidée. En vertu des articles 137-1 et 137-4 du Code de procédure pénale, le placement de la détention provisoire peut être ordonné dans deux hypothèses. Dans le premier cas, le juge d'instruction saisit de sa propre initiative, ou à la demande du procureur de la République, le juge des libertés et de la détention. Il lui transmet alors le dossier de la procédure accompagné des réquisitions du procureur que celui-ci ait ou non demandé le placement en détention. Le rôle du ministère public se réduit ici à un simple rôle d'avis. Cependant, depuis la loi du 9 mars 2004¹, le procureur de la République peut également saisir le juge d'instruction d'une demande de placement en détention provisoire, et si celui-ci s'y oppose par ordonnance motivée transmise au procureur, ce dernier peut, en matière criminelle ou de délit puni d'une peine supérieure ou égale à 10 ans d'emprisonnement, saisir directement le juge des libertés et de la détention en déférant devant lui le mis en examen sans délai. Le législateur a limité cette possibilité à certaines hypothèses relevant principalement de la finalité de prévention de la détention provisoire. En effet, le législateur a précisé que le procureur de la République peut saisir directement le juge des libertés et de la détention uniquement s'il a requis le placement en détention provisoire en invoquant la nécessité de protéger la personne mise en examen, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement ou de mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public. Alors que le juge d'instruction a au même titre que le procureur de la République comme mission la recherche de la vérité, ce qui explique la possibilité pour lui de demander de sa propre initiative une détention provisoire ayant pour finalité la recherche des preuves, seul le ministère public a une fonction de prévention des atteintes à l'ordre public². Aussi est-il logique que la loi du 9 mars

¹ Préc.

² Cette fonction de prévention du ministère public se manifeste de différentes manières : que ce soit de manière traditionnelle en requérant l'application de la loi et une certaine peine ou par la poursuite des infractions obstacles, ou de manière plus récente par sa qualité de vice-président du Conseil départemental de prévention. Ce conseil a remplacé en 2002 le Conseil départemental de prévention de la délinquance créé en 1992. Il comprend notamment des élus locaux, des magistrats, des représentants de la police et de la gendarmerie ainsi que des « personnalités qualifiées œuvrant notamment dans les secteurs de l'économie, des transports et du logement social » et des représentants d'associations ou d'organismes s'intéressant à la prévention de la délinquance et de la toxicomanie. Il a un rôle d'analyse de la délinquance de son ressort et de proposition de solutions permettant la prévention des infractions. Voir « Décret n°2002-999 du 17 juillet 2002 relatif aux dispositifs territoriaux de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance, JO du 18 juillet 2002 », *JCP Administrations et collectivités territoriales* 2002 p. 70 à 71 note QUILLIEN (P.J.) ; JEOL (M.), « Le parquet entre le glaive et la balance », *Justices* janvier / juin 1996 p. 69 à 73 ; ROLLAND (M.), « Le ministère public, agent non seulement de répression mais de prévention », *JCP* 1957 I 1342. La fonction préventive du ministère public se manifeste également par la possibilité qui lui est laissée de recourir à certaines procédures, telles que le rappel à la loi ou la médiation, ayant pour

2004 ait autorisé le procureur de la République à contourner le refus du juge d’instruction lorsque la détention provisoire lui permet de remplir cette mission.

166. L’un des objectifs du principe de légalité étant l’information des individus, il est possible de regretter ces variations qui viennent troubler la clarté de l’attribution des pouvoirs de contrainte pour le citoyen lambda.

167. Conclusion : Le respect du principe de légalité des mesures de contrainte avant jugement, condition essentielle au respect de la liberté individuelle, est ainsi quelque peu mis à mal par le droit français. Cette impression de simple « enregistrement » législatif des cas de contrainte nés au gré de la pratique ainsi que de complexité de leur attribution conduit à s’interroger quant au respect du principe de légitimité gouvernant la création et l’attribution des divers cas de contrainte.

Partie I – L’encadrement moderne : l’effectivité de la liberté individuelle

Titre I – Une contrainte non-arbitraire Ch.2- Une contrainte légitime

Ch.2- Une contrainte légitime

168. A la suite des philosophes des Lumières, les Révolutionnaires français avaient une confiance absolue en la loi pour éviter tout arbitraire. Une véritable présomption irréfragable de légitimité en cas de respect du principe de légalité en était la conséquence. Cependant, la crise de la loi, dénoncée de manière générale, et l'affaiblissement du principe de légalité de la contrainte constatés, conduisent à s'interroger, désormais, sur la légitimité de ces mesures, indépendamment du respect du principe de légalité. Ce dernier ne suffit plus. La légitimité de l'action du législateur ne bénéficie aujourd'hui que d'une présomption simple. L'absence d'arbitraire suppose que toute mesure de contrainte soit légitime. La notion de légitimité est difficile à définir. De manière négative, il est possible de dire que n'est pas légitime celui qui « occupe indument la place d'un autre »¹. S'interroger sur la légitimité d'un pouvoir conduit à s'intéresser à l'existence d'un juste titre fondant ce pouvoir². Cela suppose ainsi une juste création du titre (I) mais aussi une juste attribution (II). Ainsi, serait illégitime une mesure de contrainte existant « à la place d'une autre » ou attribuée indument à une autorité.

Section I- Une création légitime de la contrainte

169. Désormais, le principe de légalité est insuffisant à assurer le caractère non arbitraire de la création de la contrainte probatoire. A ce principe s'ajoute un nouveau principe de légitimité substantielle de la création de la contrainte (§1) s'appréciant au regard de divers critères (§2).

¹ VEDEL (G.), « Préface », in DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFEISSIS (N.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes classiques, 1999, p. IX à XV.

² BOBBIO (N.) « Sur le principe de légitimité » ; in *L'idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 47 à 60.

§1- Le principe de la légitimité substantielle de la création de la contrainte

170. A la suite de l’antiparlementarisme de la fin du XIX^e siècle et de la crise de la loi constatée au XX^e siècle, la légitimité formelle a laissé la place à une légitimité substantielle. Cette dernière est devenue récemment un principe encadrant la création de la contrainte probatoire (A) et assorti d’un certain nombre de corollaires (B).

A- Un principe récent

171. Progressivement, au cours du XX^e siècle, la légitimité s’est distinguée de la légalité. Cette séparation s’est accompagnée d’une mutation de la nature même de la légitimité (1^o). En conséquence de cette mutation, désormais le législateur doit établir que la création d’une mesure de contrainte probatoire poursuit certains buts légitimes limitativement énumérés (2^o).

1^o/ La nouvelle dichotomie entre légalité et légitimité

172. L’évolution de la légitimité. En droit français, à partir de la Révolution française, la loi étant l’expression de la souveraineté populaire, la légitimité était purement formelle en ce sens qu’elle découlait du seul respect de la légalité. Légalité et légitimité se confondaient¹ s’agissant de l’ensemble des « actes des gouvernants », tels que les lois ou les décisions administratives². Aussi, la légalité de la contrainte impliquait-elle sa légitimité. Dès lors que le principe de légalité est mis à mal, le principe de légitimité se détache. En effet, la légitimité suppose l’accord entre le

¹ Voir notamment PASSERIN D’ENTREVES (A.), « Légalité et légitimité », in *L’idée de légitimité, op. cit.*, p.1 à 15 ; MAULIN (E.), *La théorie de l’Etat de Carré de Malberg*, PUF, 2003, 343 pages.

² COTTA (S.), « Eléments d’une phénoménologie de la légitimité », in *L’idée de légitimité, op. cit.*, p. 61 à 86.

gouvernement et les gouvernés au sujet du « bien commun »¹. Toute atténuation du principe de légalité dans un système romano-germanique suppose le sentiment d'un écart sur cette idée du « bien commun » entre les deux entités. La légitimité formelle fait place à une légitimité matérielle ou substantielle². Dans un tel contexte, la légitimité d'une règle implique le respect des « règles morales incontestées qui sont les bases mêmes de toute civilisation »³. La notion d'intérêt général se substitue à celle de volonté générale⁴. La légitimité impose alors le respect de l'intérêt général et des droits naturels et imprescriptibles au rang desquels la liberté individuelle est élevée par les textes fondateurs des droits de l'homme. En raison de l'atteinte portée à la liberté individuelle, la création de la contrainte ne peut être justifiée que par l'intérêt général. Elle doit ainsi avoir un but légitime.

173. Une consécration récente. Le Conseil constitutionnel français a distingué implicitement légalité et légitimité dans le cadre de plusieurs décisions. Il est, en effet, possible de citer un certain nombre de décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a implicitement vérifié la légitimité des mesures de contrainte que souhaitait mettre en place le législateur. Ainsi, lors du recours exercé contre la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales⁵, les députés ont notamment estimé que l'exercice de la justice ou la recherche de la vérité ne constituait pas le motif de l'existence de ce cas de contrainte et, de ce fait, en ont demandé la sanction par le Conseil Constitutionnel. Ils remettaient en cause la légitimité de la création de ces mesures. Le Conseil a déclaré inconstitutionnelles ces dispositions en se fondant sur le caractère général du pouvoir ainsi attribué aux policiers. Le Conseil Constitutionnel ne remet pas en cause le fait que la possibilité de recourir aux fouilles de véhicules soit rendue nécessaire par une lutte plus efficace contre la recrudescence de la criminalité, but de cette loi, mais rappelle au législateur que c'est à lui, et non aux personnes

¹ Ibid.

² ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, coll. Essais, 2008, p. 14. Pour plus de détails sur l'apparition de cette dichotomie légalité / légitimité voir SIMARD (A.), *La loi désarmée Carl Schmitt et la controverse légalité / légitimité sous Weimar*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Les presses de l'Université de Laval, coll. Philia Philosophie et littérature allemandes, 2009, 427 pages.

³ BASTID (P.), « L'idée de légitimité », in *L'idée de légitimité, op. cit.*, p. 1 à 15.

⁴ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité, op. cit.*, p. 69.

⁵ Cons. Const. Décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977 Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, *RDPubl.* 1978 p. 850 à 858; *RDPubl.* 1978 p. 821 à 842 obs. FAVOREU (L.) ; *D.* 1978 p. 173 à 177 note HAMON (L.) et LEAUTE (J.) ; *AJDA* 1978 p. 215 à 218 note RIVERO (J.). Voir également RIVERO (J.), *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1984, p. 71 à 83.

titulaires de ce titre de contrainte, d’en déterminer les conditions de mise en œuvre en application du principe de légalité. De même, dans sa décision du 29 décembre 1983 relative à la loi de finances pour 1984¹, le Conseil a déclaré non conformes à la Constitution les dispositions de l’article 89 de cette loi relatives aux perquisitions domiciliaires par les agents du fisc au motif que ces dispositions « auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive ». Toutefois, il souligne que l’existence des perquisitions à domicile par les agents du fisc était légitimée par les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale. L’illégalité d’une mesure de contrainte entraînant son illégitimité formelle, le Conseil reconnaît ainsi implicitement le principe de légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire.

174. Le principe de légitimité a, toutefois, fait l’objet d’une consécration textuelle. La Charte des droits fondamentaux prévoit en son article 52§1 que « toute limitation de l’exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d’intérêt général reconnus par l’Union ou au besoin de protection des droits et libertés d’autrui ». La Charte impose ainsi aux Etats de justifier la création des mesures de contrainte par l’intérêt général ou la protection des droits et libertés d’autrui. La Charte impose, par conséquent, une obligation positive de légitimité substantielle des mesures de contrainte.

2°/ Les buts légitimes de la contrainte

¹ Cons. Const. Décision n°83-164 DC du 29 décembre 1983 Loi de finances pour 1984, considérant 28, *AJDA* 1984 p. 97 à 104 note PHILIP (L.) ; obs. *in* sous la direction de FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, coll. Les grandes décisions, 15^e édition, 2009, n°26.

175. La légitimité substantielle de la contrainte est fondée sur le respect des valeurs fondamentales de la Société. Cette idée se retrouve lorsque l'on s'intéresse aux buts considérés comme légitimes et justifiant la création de la contrainte.

176. Une liste élargie en droit interne. Il convient de noter que le Conseil Constitutionnel semble, sur ce point, aller au-delà de la lettre de la Déclaration de 1789. En effet, celle-ci n'accepte que la liberté d'autrui comme justification des atteintes à la liberté individuelle en son article 4. Le Conseil constitutionnel justifie les atteintes à la liberté individuelle par la protection de l'ordre public. Ce dernier peut être défini « comme l'expression des valeurs considérées comme indispensables au développement harmonieux de la Communauté au niveau de laquelle [au nom de laquelle] il est invoqué »¹. La liberté individuelle étant l'une de ces valeurs, elle peut être considérée comme l'un des éléments de l'ordre public. Cette dernière notion est malgré tout plus large. Par la valeur accordée au maintien de l'ordre public, le Conseil admet ainsi d'autres justifications aux atteintes à la liberté individuelle que la seule protection de la liberté².

Récemment, le Conseil constitutionnel³ a déclaré constitutionnel l'article 803-3 du Code de procédure pénale relatif au « petit dépôt ». En effet, il estime qu'en créant cette mesure le législateur « a entendu répondre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à des contraintes matérielles résultant notamment de l'heure à laquelle la garde à vue prend fin ou du nombre des personnes déférées ». Il s'assure ainsi notamment de la légitimité de la création de cette mesure. Ce faisant il cite un autre motif, à savoir la bonne administration de la justice.

177. Une liste redondante en droit international. La liste des buts légitimes de la contrainte dressée par les rédacteurs de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est beaucoup plus longue que celle donnée par la Déclaration des droits de l'homme de 1789

¹ SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.A.), *Eléments d'introduction à la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, volume XXI, 1976, p. 54.

² Sur ce point voir notamment WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Cours, 6^e édition, 2009, n°128 à 132 ; LUCHAIRE (F.), « La sûreté : droits de l'homme ou sabre de Monsieur Prud'homme ? », *RDP* 1989, p. 609 à 634 ; LOCHAK (D.) « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n°84, 1998, p. 15 à 30 ; WACHSMANN (P.), « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *RJC* 1988 p. 1 à 15.

³ Cons. Const. 17 décembre 2010, décision n°2010-80 QPC, *Rev. Pénit.* 2011 Chr. RENOUX (T.) et MAGNON (X.) p. 417 à 435, *Procédures* 2011 Comm. n°73 obs. BUISSON (J.).

complétée par le Conseil constitutionnel. En effet, la protection de « l’intérêt public »¹, « la sûreté publique », « la défense de l’ordre », la « protection des droits et libertés d’autrui »², ou encore la guerre ou un autre « danger public menaçant la vie de la nation »³ doivent justifier toute atteinte aux droits et libertés reconnus par la Convention européenne prévue par la loi. Seules ces justifications peuvent être admises dans « une Société démocratique »⁴. Ce n’est que si le législateur poursuit un tel but que la création d’une mesure de contrainte probatoire sera considérée comme légitime. Toutefois, les termes utilisés par la Convention européenne des droits de l’homme sont redondants. En réalité, ces différents buts légitimes peuvent être regroupés autour de deux notions clés, à savoir les droits et liberté d’une part et l’ordre public de l’autre.

B- Les corollaires de la légitimité substantielle de la création de la contrainte

178. La consécration du principe de légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire conduit le législateur à procéder à une conciliation des valeurs fondamentales de la Société (1°). Toutefois, ce pouvoir de conciliation n’est pas un pouvoir discrétionnaire puisqu’il fait l’objet d’un contrôle (2°).

1°/ Une conciliation des valeurs fondamentales de la Société

179. La consécration d’un pouvoir d’appréciation. Le Conseil Constitutionnel utilise régulièrement un considérant de principe selon lequel « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d’appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu’il ne lui appartient donc pas de rechercher si les objectifs que s’est assignés le législateur auraient pu être atteints par d’autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont

¹ L’article 2 du Protocole n°4 §4 de la CESDH prévoit que les restrictions à la liberté d’aller et venir doivent être prévues par la loi et « justifiées par l’intérêt public dans une société démocratique »

² Article 8 §2 de la CESDH.

³ Article 15 de la CESDH.

⁴ Les mêmes exigences se retrouvent dans le Pacte de New-York. Il est vrai que ce texte a influencé les rédacteurs de la CESDH. En effet, s’il n’a été signé qu’en 1966, il était déjà en discussion en 1950.

pas manifestement inappropriées à ces objectifs »¹. Par ce considérant, le Conseil constitutionnel souligne le pouvoir d'appréciation laissé au législateur quant à la création des mesures de contrainte.

180. La Cour européenne des droits de l'homme paraît sur ce point plus stricte que le Conseil constitutionnel. En effet, elle reconnaît, elle aussi, un pouvoir d'appréciation en la matière aux autorités nationales. Ainsi, elle estime que « les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de dérogations nécessaires pour conjurer »² le danger public menaçant la vie de la Nation. Toutefois, elle affirme aussitôt qu'il ne s'agit que d'une marge. A l'origine, la marge nationale d'appréciation était surtout reconnue dans les cas d'application de l'article 15³. Cependant, elle a, peu à peu, été étendue aux mesures limitant les droits et libertés reconnus par les articles 8 à 11. S'il est possible de considérer que la marge nationale d'appréciation a pour fondement la subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme⁴, elle constitue également une reconnaissance du pluralisme, des spécificités et de la souveraineté des différents Etats membres du Conseil. La marge d'appréciation assure une certaine souplesse dans l'application de la Convention en permettant aux Etats d'adopter des mesures de contrainte répondant à leurs particularités.

181. L'appréciation de la légitimité substantielle de la contrainte, du fait de la conciliation des valeurs fondamentales qu'elle implique, est, en effet, nécessairement factuelle.

¹ Cons. Const. Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998 Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, §27, concernant une liberté de second rang. Voir aussi Cons. Const. Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, §41, concernant la liberté de communication qui est pourtant une liberté de premier rang.

² CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, Requête n° 5310/71, §207.

³ TULKENS (F.) et DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006 p. 3 à 23. Sur ce point voir également VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, n°669 à 766 ; KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, 480 pages ; LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in sous la direction de SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme Faculté de droit de l'Université de Montpellier I*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 63 à 89.

⁴ Celui-ci ne doit en effet intervenir que lorsque toutes les voies de recours internes sont épuisées.

182. Une conciliation factuelle. La légitimité substantielle suppose que la gravité des dangers existant pour l’ordre public soit mise en balance avec la gravité de l’atteinte à la liberté individuelle¹. Ainsi, en cas de menace terroriste affirmée, la Cour européenne des droits de l’homme semble se montrer beaucoup plus tolérante à l’égard des Etats quant au seuil d’atteinte aux libertés admissible². La dangerosité de ces faits pour les institutions légitime la création de mesures de contrainte plus attentatoires à la liberté individuelle³. De nombreux Etats, tels que l’Angleterre⁴ et les Etats-Unis⁵, ont ainsi mis en place des régimes dérogatoires en matière de terrorisme en particulier depuis les attentats du 11 septembre 2001. Certaines de ces lois étaient déjà en préparation bien avant les attentats, qui n’ont finalement servi qu’à légitimer ces atteintes

¹ CEDH 26 mars 1987, Leander contre Suède, Requête n° 9248/81. Voir sur ce point MATSCHER (F.), « Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle Les méthodes d’interprétation de la Convention européenne », in sous la direction de SUDRE (F.), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l’Institut de droit européen des droits de l’homme de la Faculté de droit de l’Université de Montpellier I*, op. cit., p. 15 à 40.

² CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, Requête n° 5310/71.

³ PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, Economica et PUAM, coll. Science et droit administratifs, 1990, p. 187 ; CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1998, p. 85 à 107.

⁴ En droit anglais, la garde à vue de droit commun a une durée de vingt-quatre heures. Des prolongations peuvent être ordonnées par le *custody officer* par tranches de six puis neuf heures en cas d’infraction grave, portant ainsi la durée de la garde à vue à trente six heures. Le tribunal peut, à la trente sixième puis à la soixante douzième heure, porter cette durée à quatre-vingt seize heures lorsqu’il existe contre le suspects des indices graves et concordants de nature à motiver le prolongement de l’enquête. Le législateur anglais a, en 1989, autorisé une garde à vue pouvant aller jusqu’à sept jours en cas de terrorisme. Bien qu’elles aient déjà été critiquées comme étant contraires à la Convention européenne des droits de l’homme, à la suite des attentats de 2001 puis de l’été 2005, le législateur britannique a renforcé ces dispositions. Désormais, en vertu du *Terrorism Act* 2006, une garde à vue ordonnée en matière de terrorisme peut se prolonger jusqu’à vingt huit jours, par tranches successives de sept jours renouvelées par un magistrat. Lors des travaux parlementaires, il avait été proposé de permettre une garde à vue s’étendant jusqu’à trois mois. Une telle disposition a été rejetée comme étant trop attentatoire à la Convention européenne des droits de l’homme. Sur ce point voir PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^e édition, 2008, n°349 ; LEIGH (L.H.), « La Convention européenne des droits de l’homme. Des délais en matière de rétention policière, garde à vue et détention provisoire Note sur le droit anglais », *RSC* 1989 p. 45 à 53 ; LEIGH (L.H.), « La garde à vue en droit anglais », in sous la direction de PRADEL (J.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Cujas, Travaux de l’institut de sciences criminelles de Poitiers, 1992, p. 15 à 18 ; CEDH 29 novembre 1988, Brogan et autres contre Royaume-Uni, Requêtes n° 11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, notamment *RSC* 1989 p. 373 à 375 Chr. PÉTITTI (L.E.) et TEITGEN (F.). Selon cet arrêt, une garde à vue de quatre jours sans présentation à un magistrat est contraire à l’article 5§3.

⁵ Alors qu’en principe la détention provisoire ne peut excéder quatre-vingt dix jours, le *Patriot Act*, entré en vigueur le 26 octobre 2001, permet l’arrestation et la détention pour une période non déterminée des étrangers soupçonnés d’être en relation avec des groupes terroristes. Ici, le législateur semble ainsi considérer que la gravité des faits permet de priver de sa liberté un individu avant tout jugement sans délai-butoir. Même si le législateur a prévu un système de tranches, la mesure devant être prolongée par tranches de six mois et cette prolongation étant subordonnée à la condition que la libération soit de nature à menacer la sécurité nationale, le contrôle *in abstracto* de la proportionnalité de la mesure est ainsi largement restreint. La lutte contre le terrorisme justifie, en quelque sorte, la quasi-suspension du droit à un tel contrôle selon le législateur américain. Ces dispositions, et surtout leur maintien, sont largement critiquées que ce soit au regard des textes internationaux ou internes aux Etats-Unis. Pourtant, le *Patriot Act* a été prolongé certaines dispositions qui étaient jusque là temporaires étant devenues permanentes. Sur ce point voir notamment AMANN (D.A.), « Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme », *RSC* 2002 p. 745 à 764 ; PAYE (J.C.), « Le *Patriot Act* Réautorisation », *RTDH* 2006 p. 973 à 987.

portées à la liberté individuelle. Ces dispositions dérogatoires ont été maintenues depuis. Dans de nombreux pays le législateur a ainsi créé une sorte d'état d'urgence s'inscrivant dans la durée¹. Pourtant, comme l'a souligné la Fédération internationale des droits de l'homme dans son rapport d'octobre 2005², la lutte contre le terrorisme ne doit pas être un prétexte pour mettre de côté les droits et libertés. D'ailleurs, si dans l'affaire Lawless, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que « l'aggravation progressive et alarmante des activités terroristes » constitue un danger public menaçant la vie de la Nation³. Elle a également rappelé, dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni⁴, que même si les Etats ont dans une telle situation une large marge d'appréciation, ils doivent malgré tout respecter certaines conditions telles que la nécessité et la proportionnalité de la mesure⁵. La lutte contre le terrorisme ne doit pas permettre aux Etats de porter une atteinte arbitraire à la liberté individuelle. Le Conseil de l'Europe a souligné, à plusieurs reprises, que la lutte contre le terrorisme doit se faire dans le respect des droits de l'homme afin d'être plus efficace⁶. Les « lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme » adoptées par le Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002 soulignent, notamment, que « lorsque la lutte contre le terrorisme intervient dans une situation de guerre ou de danger public qui menace la vie de la nation, un Etat peut adopter unilatéralement des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations qui découlent des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, dans la stricte mesure où la situation l'exige, ainsi que dans les limites et sous les conditions fixées par le droit international. [...] Les circonstances qui ont amené à l'adoption de telles dérogations doivent être réévaluées de façon régulière dans le but de lever ces dérogations dès que ces circonstances n'existent pas ». Le terrorisme est un acte d'une telle gravité que des atteintes plus importantes que dans le cadre du droit commun peuvent être

¹ PAYE (J.C.), « Lutte antiterroriste : la fin de l'état de droit », *RTDH* 2004 p. 61 à 75.

² Fédération Internationale des droits de l'homme, rapport *l'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité*, octobre 2005. Pour un résumé de ce rapport voir MOCK (H.), « Guerre contre le terrorisme et droits de l'homme Réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme intitulé l'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », *RTDH* 2006 p. 23 à 34 ; PAYE (J.C.), « Lutte antiterroriste : la fin de l'état de droit », *préc.*

³ CEDH 1^{er} juillet 1961, Lawless contre Irlande, Requête n° 332/57. Le danger public menaçant la vie de la Nation de l'article 15 de la CESDH est défini par la Cour européenne des droits de l'homme comme étant une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat. Sur la réserve de la France relative à l'article 15§1 de la CESDH conduisant à une redéfinition de la notion de « danger public menaçant la vie de la Nation » au regard notamment de l'article 16 de la Constitution, voir FOURMENT (F.), *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse I, p. 291.

⁴ CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, Requête n° 5310/71.

⁵ SOULIER (G.), « Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 1987 p. 663 à 675.

⁶ Voir *Lutte contre le terrorisme Les normes du Conseil de l'Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, 2004, 430 pages regroupant différents textes du Conseil de l'Europe relatifs à la lutte contre le terrorisme.

portées à la liberté individuelle. Toutefois, les Etats ne doivent pas, malgré tout, oublier la légitimité substantielle des mesures de contrainte créées. A défaut, le législateur commet un acte arbitraire.

183. Dès lors, afin d’assurer l’effectivité de la légitimité substantielle, le pouvoir d’appréciation laissé au législateur fait l’objet d’un contrôle.

2°/ Un pouvoir de création contrôlé

184. La consécration du principe de légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire s’est accompagnée du recours à deux types de contrôles à savoir les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. En effet, ces deux types de contrôle ont pour but de vérifier le respect des valeurs fondamentales corollaire de la légitimité substantielle de la création de la contrainte.

185. Le contrôle de conventionnalité. Les articles 5 et 8 de la Convention européenne des droits de l’homme imposent une obligation positive aux Etats qui doivent justifier de la création des mesures de contrainte auprès des autorités internationales. Ainsi, dans l’affaire Irlande contre Royaume-Uni, après avoir reconnu une marge d’appréciation aux Etats, la Cour rappelle aussitôt qu’ils « ne jouissent pas pour autant d’un pouvoir illimité en ce domaine. Chargée, avec la Commission, d’assurer le respect de leurs engagements, la Cour a compétence pour décider s’ils ont excédé « la stricte mesure » des exigences de la crise. La marge nationale d’appréciation s’accompagne donc d’un contrôle européen »¹.

186. De plus, la légitimité substantielle supposant le respect des valeurs fondamentales, par le biais du contrôle de conventionnalité, les juridictions judiciaires internes ont compétence pour

¹ CEDH 26 avril 1979, Sunday Times contre Royaume-Uni, Requête n° 6538/74.

contrôler cette légitimité des normes¹. Les décisions rendues le 15 avril 2011 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en sont d'ailleurs une illustration. En effet, dans ces quatre arrêts, la Cour de cassation n'hésite pas à écarter une disposition interne en raison de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme constatée. Toutefois, si la Cour de cassation s'autorise ainsi à contrôler la légitimité substantielle des règles organisant la mise en œuvre d'une mesure de contrainte, il est douteux qu'elle se permette de mettre en cause de manière abstraite la légitimité de la création d'une mesure de contrainte. D'ailleurs, à notre connaissance, aucune décision de la Cour de cassation ne semble aller en ce sens malgré cette faculté qui lui est accordée. Cette réticence peut s'expliquer par le rôle traditionnel accordé à la Cour de cassation. En effet, celle-ci a pour mission de contrôler la bonne application des règles de droit par les juridictions du fond, et non de contrôler le travail du législateur comme le lui permet le contrôle de conventionnalité. En écartant une disposition organisant la mise en œuvre de la contrainte probatoire du fait de son inconvictionnalité, la Cour de cassation s'assure de la bonne application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le contrôle du travail du législateur n'est qu'indirect. D'ailleurs, la formulation utilisée par l'Assemblée plénière illustre ce propos. En effet, elle affirme que « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »².

187. Le contrôle de constitutionnalité. Certains auteurs mettent en doute le fait que le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de la légitimité des normes³. Un tel propos doit, toutefois, être nuancé. En effet, selon un considérant traditionnel, le Conseil constitutionnel estime que « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à ces objectifs »⁴. De la rédaction de ce considérant, il semble possible de déduire que le Conseil

¹ Sur cette faculté du contrôle de la légitimité des normes par la Cour de cassation voir MAINGUY (D.), « De la légitimité des normes, et de son contrôle », *JCP* 2011 Doct. 250.

² Ass. Plén. 15 avril 2011, 4 arrêts, pourvois n°10-17049, 10-30242, 10-30313 et 10-30316.

³ MAINGUY (D.), « De la légitimité des normes, et de son contrôle », préc..

⁴ Cons. Const. Décision n°98-401 DC du 10 juin 1998 Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, §27, concernant une liberté de second rang. Voir aussi Cons. Const. Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, §41, concernant la liberté de communication qui est pourtant une liberté de premier rang.

constitutionnel admet qu’il peut procéder à un contrôle de la légitimité manifeste de la création de la mesure. En revanche, il laisse une certaine marge d’appréciation au législateur respectueuse de la séparation des pouvoirs. Ainsi, le 17 décembre 2010, le Conseil a examiné la conformité de l’article 803-3 du Code de procédure pénale à l’article 9 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, posant les principes de la présomption d’innocence mais également de nécessité et de proportionnalité des mesures de contrainte avant jugement, ainsi qu’au Préambule de la Constitution de 1946¹. Le Conseil se fonde sur ce dernier pour rappeler que « la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d’asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle ». Le Conseil reprend ensuite sa formule désormais classique du 30 juillet 2010 selon laquelle « il incombe au législateur d’assurer la conciliation entre d’une part, la prévention des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d’autre part, l’exercice des libertés constitutionnellement garanties ». Il précise également que « au nombre de celles-ci figurent le respect de la présomption d’innocence, la sauvegarde de la dignité de la personne et la liberté individuelle que l’article 66 de la Constitution place sous la protection de l’autorité judiciaire ». Le Conseil constitutionnel estime que le législateur, en instituant l’article 803-3, a « entendu répondre, dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice à des contraintes matérielles » et a « adopté des dispositions propres à assurer la conciliation entre l’objectif de bonne administration de la justice et le principe selon lequel nul ne doit être soumis à une rigueur qui ne soit nécessaire ». Rappelons-le la bonne administration de la justice a été qualifiée d’objectif à valeur constitutionnelle². En l’espèce, le Conseil constitutionnel a adopté une rédaction plus détaillée que dans ses décisions précédentes. Pour autant, il ne semble pas que la portée de son contrôle de la légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire ait changé. Le Conseil semble toujours se limiter à un contrôle de la légitimité simplement manifeste et non réelle de cette création.

L’effectivité du respect de la liberté individuelle supposerait un contrôle réel de la légitimité substantielle de la création de la contrainte et non un simple contrôle de la légitimité manifeste. Monsieur Mainguy estime qu’actuellement le seul « contrôleur » de la légitimité substantielle des normes est le juge judiciaire³. S’agissant de la création de la contrainte, ce contrôle est toutefois, pour l’instant, inexistant.

¹ Cons. Const. Décision n°2010-80 QPC du 17 décembre 2010.

² Cons. Const. Décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009.

³ MAINGUY (D.), « De la légitimité des normes, et de son contrôle », préc..

188. Le constat de l'existence de ce contrôle de la légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire conduit à s'interroger sur les critères d'appréciation de cette légitimité.

§2- Les critères d'appréciation de la légitimité substantielle

189. La légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire suppose que celle-ci soit « strictement nécessaire dans une Société démocratique » pour reprendre les termes de la Convention européenne des droits de l'homme. La création de la mesure de contrainte doit dès lors être, à la fois, nécessaire (A) et proportionnelle (B).

A- La nécessité *in abstracto* de la mesure de contrainte

190. La nécessité *in abstracto* de la création de la mesure de contrainte implique que cette dernière réponde à un besoin social impérieux (1°). Toutefois, elle fait, actuellement, l'objet d'une interprétation extensive critiquable (2°).

1°/ La création de la contrainte, un besoin social impérieux

191. La méthode européenne d'appréciation de la nécessité *in abstracto*. La Convention européenne ne précise pas les critères d'appréciation de la nécessité de la création de la mesure de contrainte pour la Société¹. Dans l'arrêt *Handyside*, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté que « le rapport de la Commission, puis les débats de juin 1976 devant la Cour, ont révélé de nettes divergences sur un problème crucial : la méthode à suivre pour déterminer si les « restrictions » et « sanctions » concrètes dénoncées par l'intéressé étaient « nécessaires dans une Société démocratique » à la protection de la morale ». Après avoir rappelé le rôle subsidiaire du contrôle qu'elle peut exercer, et la prévalence du rôle des autorités internes en la matière, la Cour

¹ FABRE-ALIBERT (V.), « La notion de « société démocratique » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1998 p. 465 à 496. Voir également DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004, p. 375 à 377.

précise que « si l’adjectif « nécessaire », au sens de l’article 10§2 n’est pas synonyme d’ « indispensable », il n’a pas non plus la souplesse de termes tels que « admissible », « normal », « utile », « raisonnable » ou « opportun ». Il n’en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, en premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu’implique en l’occurrence le concept de nécessité »¹. Monsieur Renucci a proposé, à l’occasion de l’étude d’une mesure d’expulsion, d’entendre cette notion comme « l’unique moyen d’éviter le trouble à l’ordre public »². Ainsi, une mesure de contrainte en matière pénale ne devrait être autorisée par le législateur que si elle est l’unique moyen de progresser dans la recherche des éléments de preuve.

Cependant, au regard de l’arrêt *Handyside*³, il apparaît que le caractère nécessaire de l’atteinte à la liberté individuelle ne signifie pas que celle-ci soit le seul et unique moyen de parvenir au maintien de l’ordre public. En effet, lorsqu’elle s’attache au contrôle de la nécessité d’une atteinte à la liberté individuelle prévue par la loi d’un Etat membre, la Cour vérifie que des motifs « pertinents et suffisants » justifient l’atteinte au droit en cause, qu’il existe un « besoin social impérieux » rendant nécessaire cette atteinte⁴. Ainsi, dans les arrêts *Funke* et *Crémieux contre France* du 25 février 1993, la Cour européenne des droits de l’homme admet que les Etats peuvent considérer nécessaire d’autoriser des agents des douanes à procéder à des visites domiciliaires et des saisies, afin d’établir la preuve des délits de change et, ainsi, lutter efficacement contre l’évasion fiscale⁵. De même, dans l’affaire *Klass et autres contre Allemagne*, la Cour européenne des droits de l’homme souligne que la législation allemande relative aux écoutes téléphoniques a pour but légitime de sauvegarder la sécurité nationale et d’assurer la défense de l’ordre et la prévention des infractions pénales, puisque les écoutes téléphoniques permettent aux Etats de lutter efficacement contre le terrorisme⁶. Pour s’assurer du respect de la nécessité des mesures de contrainte, et ainsi vérifier que l’Etat n’a pas outrepassé la marge d’appréciation qui lui était impartie, la Cour va se référer par exemple à la morale propre à la population de cet Etat⁷, ou même à des statistiques⁸.

¹ CEDH 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, Requête n° 5493/72, §47 et 48.

² RENUCCI (J.F.), obs. sur CEDH 18 février 1991, *D.* 1992 SC p. 326.

³ CEDH 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, Requête n° 5493/72, en particulier §42 à 49.

⁴ Pour une présentation plus détaillée de la jurisprudence de la Cour européenne sur ce point voir notamment EISSEN (M.A.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in sous la direction de PETTITI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l’homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 65 à 81 ; COUSSIRAT-COUSTERE (V.), « Article 8§2 », in *ibid.*, p. 323 à 351.

⁵ CEDH 25 février 1993, *Funke contre France*, Requête n° 10828/84.

⁶ CEDH 6 septembre 1978, *Klass et autres contre Allemagne*, Requête n° 5029/71.

⁷ CEDH 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, Requête n° 7525/76.

⁸ CEDH 24 novembre 1986, *Gillow contre Royaume-Uni*, Requête n° 9063/80.

Par conséquent, la nécessité de la mesure de contrainte ne signifie pas que les Etats doivent expliquer que la mesure est le seul moyen d'obtenir la preuve recherchée, mais que son existence correspond à un « besoin social impérieux ». Ce besoin social impérieux permet d'assurer la légitimité substantielle de la création des mesures de contrainte probatoires par le législateur national.

192. Une illustration : la finalité première des mesures de contrainte. Afin de s'assurer que la mesure de contrainte correspond bien à un « besoin social impérieux », le législateur recherche si le type de contrainte envisagé serait à même de permettre aux autorités titulaires de parvenir au but déterminé, c'est-à-dire, dans le cadre de cette étude, la recherche des indices. Ceci permet d'expliquer pourquoi, le plus souvent, les mesures de contrainte ont été créées par la pratique avant d'être légalisées¹. L'origine pratique d'une mesure de contrainte peut constituer un indice de l'existence d'un « besoin social impérieux » quant à cette mesure. Cette finalité de la recherche des indices se manifeste aussi bien pour les mesures constituant des actes d'administration de la preuve que pour les mesures facilitant simplement la recherche des indices.

193. Qualifier une mesure de contrainte d'acte d'administration de la preuve revient à prendre comme critère de classification le fait que cette mesure est en elle-même un moyen de réunir des indices. A titre d'exemple, il est possible de citer notamment les écoutes téléphoniques. Lors des débats parlementaires et doctrinaux ayant précédé la légalisation des écoutes téléphoniques, leur caractère nécessaire a été mis en avant. En effet, nombreux étaient ceux qui soulignaient que les écoutes téléphoniques étaient le meilleur moyen, voir le seul, d'obtenir des preuves de l'existence de certaines infractions occultes supposant une entente entre plusieurs personnes, en particulier les trafics de stupéfiants, le terrorisme ou les affaires de grand banditisme. Les interceptions de correspondances, que celles-ci soient écrites ou téléphoniques sont, en effet, un moyen pour les autorités chargées de la manifestation de la vérité de recueillir directement des éléments de preuve de l'existence d'une infraction ou de la participation d'une personne à celle-ci. Cette idée a été reprise par le législateur. En effet, l'article 100 du Code de procédure pénale dispose que « le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications ».

¹ Cf. supra n°109 et s..

194. Si les actes d’administration de la preuve répondent par définition à cette exigence de nécessité, ce ne sont pas les seuls. Certaines mesures de contrainte ne sont pas, en elles-mêmes, un moyen de réunir des preuves, mais elles vont permettre de faciliter l’administration de la preuve. Parmi ces mesures, il est possible de citer l’interdiction de s’éloigner du lieu, les perquisitions ou encore la garde à vue, la détention provisoire, le contrôle judiciaire et l’assignation à résidence.

Ainsi, l’interdiction de s’éloigner du lieu de l’infraction pendant les constatations prévue par l’article 61 du Code de procédure pénale peut être définie comme une privation de liberté pendant un acte d’administration de la preuve, les constatations. Il ne s’agit pas en tant que tel d’un acte d’administration de la preuve, mais elle permet de retenir les personnes présentes sur les lieux, qui peuvent avoir été témoins de l’infraction ou peuvent se révéler être des suspects, d’établir leur identité et de les entendre par la suite.

Lors des débats relatifs aux lois du 15 janvier 1963, certains ont proposé de supprimer la garde à vue. Toutefois, il a alors été observé qu’« un minimum de garde à vue est une inéluctable nécessité pratique, qu’il vaut mieux reconnaître ouvertement pour en pouvoir prévenir les abus. [...] La garde à vue sert à prévenir des fuites, aux deux sens du mot. Elle permet de conserver à portée, et en les isolant au besoin, des témoins ou suspects qu’il n’est pas possible d’entendre ensemble. Elle assure la discrétion sans laquelle on ne peut espérer la découverte et la capture d’une bande organisée dont l’un des membres a déjà été saisi »¹.

De même, dans certaines hypothèses les perquisitions peuvent apparaître comme le meilleur moyen, voir le seul, d’obtenir la preuve d’une infraction. Même s’il ne s’agit pas d’un acte d’administration de la preuve, du moins vont-elles permettre les saisies qui sont quant à elles de tels actes. Ainsi, en matière d’abus de biens sociaux, le plus souvent, l’infraction ne pourra être découverte que par une analyse détaillée des comptes qui sont en la possession de la Société². La même remarque peut être faite en matière de banqueroute ou encore en ce qui concerne toutes les infractions en matière comptable. La perquisition peut aussi être un excellent moyen d’apporter une preuve certaine que telle personne est bien l’auteur d’un trafic de stupéfiant ou d’une détention illégale d’arme, d’un vol ou de manière peut-être encore plus évidente, d’un recel puisque celui-ci suppose par nature une détention « cachée » de la chose objet de l’infraction.

¹ VOUIN (R.), « La Cour de sûreté de l’Etat (lois du 15 janvier 1963) », *JCP* 1963 I 1764. Voir également RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Rapport à Monsieur le Garde Sceaux, janvier 1997.

² Cette idée se retrouve dans toute la jurisprudence relative au point de départ de la prescription de l’action publique en la matière.

D'ailleurs, cette idée se retrouve à l'article 56 du Code de procédure pénale relatif aux perquisitions effectuées dans le cadre d'une enquête de flagrance, auquel renvoie l'article 76 relatif aux perquisitions pratiquées au cours d'une enquête préliminaire. En effet, l'article 56 dispose que « si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal ». Dans le même sens, au cours de l'instruction, l'article 94 du Code de procédure pénale n'autorise les perquisitions que dans « les lieux où peuvent se trouver des objets ou des données informatiques dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité ».

A son tour, par la référence aux « nécessités de l'instruction », l'article 137 souligne les finalités de recherche des preuves et de sanction de l'auteur de l'infraction de la détention provisoire, du contrôle judiciaire et de l'assignation à résidence. La détention provisoire est le plus ancien cas de contrainte¹. Alors qu'elle constitue la mesure de contrainte avant jugement la plus attentatoire à la liberté individuelle, son existence n'a pas été remise en cause au moment de la Révolution y compris dans les cahiers de doléances. En effet, elle était alors considérée comme le seul moyen de s'assurer de la présence de la personne au jugement². Les nombreuses réformes relatives à la détention provisoire, ainsi que les débats les précédant, ont d'ailleurs le plus souvent concerné les conditions de sa mise en œuvre et non son existence même. Le législateur paraît ainsi être convaincu de sa nécessité, malgré les nombreuses critiques dont elle fait l'objet depuis des années, voir des siècles³.

¹ Il est possible de relever dès le droit romain des mécanismes de détention provisoire et de liberté sous caution : voir HENRY (H.), *Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal*, thèse Montpellier I, 1976, p. 3 à 7 notamment.

² Adrien du Port dans un rapport du 27 novembre 1790 présenté à l'Assemblée Nationale a souligné la nécessité de la détention provisoire : « il faut de toute nécessité qu'un individu puisse être arrêté avant la preuve complète, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe encore contre lui que de simples, mais fortes présomptions ; c'est un sacrifice qu'il doit faire à la société, puisque ce n'est que par là que la tranquillité, la sûreté, la liberté de tous sont assurées ». Sur ce point voir MARTUCCI (R.), « Quatre-vingt neuf ou l'ambiguïté Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789 – 1791) », in *Entre l'ordre et la liberté la détention provisoire deux siècles de débats*, éd. L'Harmattan, 1992, p. 41 à 60 ; CASTAN (Y.), « La détention préventive pour la plus grande liberté de l'instruction secrète », in *ibid.*, p. 22 à 40 ; CARBONNIER (J.), *Instruction criminelle et liberté individuelle Etude critique de la législation française*, De Boccard éditeur, 1939, p. 11 ; DECAMPS (J.), *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la CESDH*, Thèse Pau, 1998, p. 428 et 429.

³ En 1865, Faustin Hélie déclarait que « la détention préalable est une nécessité de la justice que personne ne conteste ». Cité in sous la direction de ROUJOU DE BOUBEE (G.), *La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, 1995, p. 54. Voir également sous la direction de ROBERT (P.), *Entre l'ordre et la liberté, la détention provisoire : deux siècles de débats*, op. cit..

S’agissant du contrôle judiciaire, l’objectif de la recherche des preuves transparait avec la possibilité d’utiliser cette mesure afin d’éviter les pressions sur les témoins, par exemple en obligeant la personne à ne sortir de son domicile que dans les conditions prévues par le juge ou à s’abstenir de recevoir ou rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge, en particulier « les co-mis en examen et les témoins »¹. Certaines obligations du contrôle judiciaire, telles que l’obligation de ne pas sortir des limites territoriales fixées par le juge d’instruction ou des libertés et de la détention, de ne s’absenter de son domicile que dans les conditions fixées par le juge, d’informer le juge de tout déplacement au-delà de ces limites, de se présenter périodiquement aux services déterminés par le juge ou de remettre ses documents d’identité, en particulier son passeport, ont clairement pour but d’empêcher la fuite de l’intéressé en limitant et surveillant ses déplacements. De même, l’objectif de sanction transparait à travers les obligations de constituer un cautionnement ou des sûretés réelles ou personnelles. Il s’agit de s’assurer de la présence de la personne au procès, mais aussi, et peut-être surtout, de ce qu’elle sera bien en mesure de réparer le préjudice causé à la victime². Une réserve peut, toutefois, être émise sur ce point. En effet, l’article 142-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit que « le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention peut, avec le consentement de la personne mise en examen, ordonner que la partie du cautionnement affectée à la garantie des droits de la victime ou du créancier d’une dette alimentaire soit versée à ceux-ci par provision, sur leur demande ». Comme le soulignent certains auteurs, la caution « se transforme en exécution d’une obligation ayant pour vocation à garantir les intérêts de la victime. Le lien rattachant dès lors le suspect à la victime n’est autre que la reconnaissance de la culpabilité du présumé innocent avant jugement »³, alors qu’à ce stade de la procédure pénale aucune certitude n’est acquise par définition.

195. Cette réserve peut d’ailleurs être reprise dans certaines hypothèses illustrant une interprétation extensive de la nécessité in abstracto de la mesure de contrainte probatoire.

¹ Crim. 9 janvier 1997, *Bull.* n°7 : « l’interdiction de rencontrer certaines personnes, en raison de leur qualité, s’applique de plein droit à celles qui figurent déjà dans la procédure, à la date de la décision, et entre ainsi dans les prévisions de l’article 138-9° du CPP, qui n’impose pas la désignation nominative des intéressés ».

² Crim. 5 mars 2003, *Bull.* n°59, où la Cour de cassation rappelle qu’en vertu de l’article 142 du CPP « la personne mise en examen est astreinte à fournir un cautionnement ou à constituer des sûretés qui garantissent sa représentation à tous les actes de la procédure et le paiement de la réparation des dommages causés par l’infraction, des restitutions et des amendes ».

³ DECAMPS (J.), *La présomption d’innocence : entre vérité et culpabilité confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la CESDH*, *op. cit.*, p. 395.

2°/ Une interprétation extensive

196. La protection de la Société permet de légitimer la création des mesures de contrainte. Cependant, une interprétation extensive de cette notion conduit à la création de mesures de contrainte ayant des finalités autres que la simple recherche des preuves, telles que la prévention ou la fin des troubles à l'ordre public. Ces finalités sont critiquables au regard des objectifs de la phase préalable de la procédure pénale.

197. La prévention des atteintes à l'ordre public. Outre la recherche des preuves, certaines mesures de contrainte ont pour finalité la prévention des atteintes à l'ordre public. Le législateur légitime leur création par l'idée de dangerosité soit de la personne soumise à la nouvelle mesure de contrainte soit de la situation pour cette personne. Il est possible de citer à titre d'exemple la détention provisoire et le contrôle judiciaire.

198. A la suite de l'affaire d'Outreau, la liste des motifs de la détention provisoire donnée par l'article 144 du Code de procédure pénale a été modifiée. Toutefois, il s'agit plus d'une modification de forme que de fond. Aujourd'hui, à lire l'article 144 du Code de procédure pénale, la détention provisoire a trois finalités¹. Il s'agit non seulement de la preuve des infractions² et de la sanction de leurs auteurs³, mais aussi, ce qui peut paraître étonnant de prime abord, de la prévention des infractions. La détention provisoire peut, en effet, être ordonnée lorsqu'elle est le seul moyen de « mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement ». Il est vrai que pour certaines infractions, la détention provisoire peut en pratique apparaître comme le meilleur, voir

¹ Pour une proposition de classement des motifs de la détention provisoire voir ROMNICIANU (M.), « Détention provisoire et ordre public », *JCP* 1975 I 2744. Selon lui la détention provisoire serait à la fois une mesure de police judiciaire, une mesure de sûreté et une mesure de police administrative.

² Depuis le 1^{er} juillet 2007, selon l'article 144 du CPP « La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré [...] qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire [ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique (loi du 24 novembre 2009)]: 1° conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité 2° empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ».

³ En garantissant « le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice », la détention provisoire a pour finalité d'éviter la fuite de cette personne et ainsi d'assurer sa présence au procès et, plus tard, l'exécution de la peine prononcée s'il y a lieu.

le seul, moyen d’en éviter la continuation ou le renouvellement. Ainsi, s’agissant des infractions qui ont pour cadre le milieu familial, il est difficile d’imaginer un substitut véritablement efficace à la détention provisoire y compris le placement sous surveillance électronique. Cependant, ce motif suppose une certitude de la commission de l’infraction par la personne placée en détention provisoire, certitude qui ne peut en principe être invoquée à ce stade de la procédure. Il faut noter que l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 étend cette liste de motifs au contrôle judiciaire et à l’assignation à résidence.

199. De très nombreuses obligations montrent également le caractère préventif du contrôle judiciaire. En effet, le juge d’instruction, ou le juge des libertés et de la détention, qui a recours à cette mesure, souhaite éviter la réitération de l’infraction lorsqu’il interdit à la personne de se rendre dans certains lieux, de conduire certains véhicules, de rencontrer certaines personnes constituant de potentielles victimes, d’exercer les activités professionnelles dans l’exercice desquelles ou à l’occasion desquelles l’infraction a été commise, d’émettre des chèques ou de détenir des armes, ou, au contraire, l’oblige à répondre à toute convocation d’une autorité, à accepter un contrôle de ses activités professionnelles ou de son assiduité à l’enseignement, ou encore à se soumettre à certaines obligations socio-éducatives ou de soins. D’ailleurs, lors du vote de la loi du 17 juillet 1970¹, le Garde des sceaux de l’époque, Monsieur Pleven, avait souligné que le contrôle judiciaire devait permettre un « traitement » d’urgence. Le contrôle judiciaire peut, dès lors, être comparé à une mesure de sûreté. L’article 137 du Code de procédure pénale rappelle, d’ailleurs, que le principe est la liberté, mais que « en raison des nécessités de l’instruction ou à titre de mesure de sûreté, [la personne mise en examen] peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique ». L’utilisation des termes « mesure de sûreté »² souligne le rôle préventif du contrôle judiciaire et de l’assignation à résidence avec surveillance électronique. La notion de « mesure de sûreté » renvoie à la dangerosité de la personne. La dangerosité est appréciée au regard du comportement de l’individu, en particulier au regard des infractions qu’il a commises antérieurement. Cette finalité préventive d’une mesure de contrainte avant jugement

¹ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

² Pour une critique de cette expression voir VOUIN (R.), « La détention provisoire », *D.* 1970 Chr. p. 191 à 196.

paraît, dès lors, encore une fois, étonnante à ce stade de la procédure exempt, en principe, de certitude quant à l'imputation de l'infraction à la personne poursuivie¹.

200. En outre, depuis les années cinquante, une partie de la doctrine² et des magistrats ont la volonté d'utiliser la détention provisoire, ainsi que plus récemment le contrôle judiciaire, pour observer la personnalité du suspect afin d'adapter au mieux la peine qui sera éventuellement prononcée par la suite. Selon l'article D. 16 du Code de procédure pénale, l'enquête de personnalité et les examens, notamment médico-psychologiques, ordonnés au cours de la procédure constituent le dossier de personnalité qui « a pour objet de fournir à l'autorité judiciaire, sous une forme objective et sans tirer de conclusion touchant à l'affaire en cours, des éléments d'appréciation sur le mode de vie passé et présent de l'inculpé. Il ne saurait avoir pour but la recherche des preuves de la culpabilité ». Une personne ne peut être condamnée sur sa personnalité. Elle ne peut être condamnée qu'en fonction de ses faits. Cependant, la personnalité de l'auteur de l'infraction est prise en compte pour déterminer les peines les plus adaptées ainsi que les modalités d'exécution de ces dernières. Il s'agira alors d'aider le juge de jugement à prendre sa décision en toute connaissance de cause, comme le souhaitait l'Ecole de la défense sociale nouvelle³. Il est donc possible de dire que dans ce cas le contrôle judiciaire et la détention provisoire sont des mesures facilitant le jugement de la personne, au même titre que lorsqu'ils ont pour but d'empêcher sa fuite.

201. Certains auteurs souhaitent également mettre en place immédiatement un suivi « socio-éducatif », par exemple en proposant à la personne poursuivie pour usage de stupéfiants de mettre à profit sa détention provisoire pour commencer une cure de désintoxication, ou à la personne poursuivie pour atteinte sexuelle sur mineur un suivi psychologique. La détention provisoire aurait alors un rôle d'assistance, de « resocialisation » participant ainsi à la prévention

¹ Voir notamment HENRY (H.), *Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal*, op. cit., p. 275 à 287 ; DECAMPS (J.), *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la CESDH*, op. cit., p. 391 à 393.

² Voir notamment : HERZOG (J.B.), « Réflexions sur la détention préventive », *Rev. Intern. Dr. Pén.* 1952 p. 337 à 345 ; VERIN (J.), « La détention préventive et la criminologie », *RSC* 1969 p. 707 à 712 (où l'auteur rappelle les débats opposants les défenseurs de la détention provisoire et ceux qui estiment qu'il existe un abus de la détention provisoire) et p. 917 à 924 ; BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome II, Dalloz, 2^e édition, 1970, n°1275 ; MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel Tome II Procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001, n°465 (ces derniers auteurs paraissant dubitatifs face à cette utilisation de la détention provisoire de telles observations et traitement pouvant parfaitement avoir lieu en milieu ouvert) ; et plus récemment ZUCHOWICZ (L.), « Quel suivi pour les personnes placées en détention provisoire ? », *D.* 2000 Point de vue n°18 p. V.

³ Voir ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle (un mouvement de politique criminelle humaniste)*, Cujas, 3^e édition entièrement révisée, 1981, en particulier p. 213 à 224.

de la commission de nouvelles infractions. Pourtant, cette dernière fonction ne semble pas la mieux adaptée à la situation de la détention provisoire. En effet, l’examen de la personnalité de la personne détenue et son traitement peuvent être influencés par le milieu carcéral et perdre ainsi de leur opportunité et de leur efficacité. Cette dernière réserve émise à l’encontre de la détention provisoire comme mesure d’observation et de resocialisation du délinquant étant considérée comme la plus sérieuse des différentes objections à cette nouvelle dimension de la détention avant jugement, il a été proposé à diverses reprises de créer des établissements réservés aux détentions provisoires afin d’éviter le caractère répressif de cette mesure et le choc émotif lié à l’incarcération dans des conditions proches des condamnés et faussant les observations de la personnalité du mis en examen.

202. Le ministre de la justice au cours des débats parlementaires relatifs à la loi du 17 juillet 1970 avait souligné que le contrôle judiciaire n’était pas seulement une mesure intermédiaire entre la détention provisoire et la liberté, mais aussi, et surtout, une mesure d’assistance, de traitement. Cependant, les parlementaires restaient sceptiques face à cette dimension préventive de la contrainte. Cela explique le caractère ambigu des différentes expressions utilisées pour énumérer les obligations auxquelles le juge peut avoir recours. De nombreuses obligations peuvent en effet être à la fois interprétées comme assurant la sanction et la recherche des preuves d’un côté et de l’autre la réinsertion de la personne. Cette dernière finalité du contrôle judiciaire¹ n’a pas dans un premier temps été utilisée par les magistrats. Le contrôle judiciaire a été à l’origine interprété comme devant servir uniquement à réduire le nombre des personnes placées en détention provisoire. Il a même le plus souvent été utilisé pour restreindre la liberté de personnes qui auparavant auraient été laissées en liberté, notamment en raison, semble-t-il, de l’insuffisance des moyens mis en œuvre². Depuis le début des années quatre-vingt, sous l’influence du ministère de la justice et d’expériences menées par certains tribunaux et associations bénéficiant d’aides de plus en plus importantes du ministère de la justice, le recours au contrôle judiciaire comme mesure de réinsertion sociale se développe. Cet essor du contrôle judiciaire dit socio-éducatif correspond à

¹ Pour une étude plus détaillée de l’évolution du contrôle judiciaire socio-éducatif voir CARDET (C.), « Le contrôle judiciaire socio-éducatif : 1970-1993, chronique d’une expérience qui dure... », *RSC* 1994 p. 503 à 523 ; CARDET (C.), *Le contrôle judiciaire socio-éducatif substitut à la détention provisoire entre surveillance et réinsertion*, éd. L’Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2000, 400 pages ; PORET (P. de) et GIRAULT (C.), « Colloque de Paris du 12 décembre 1981 organisé par l’Association socio-éducative de contrôle judiciaire de Rouen et l’Association d’aide pénale », *RSC* 1982 p. 218.

² VERIN (J.), « La prison : comment s’en débarrasser ? », *RSC* 1974 p. 906 à 917.

la volonté originaires du législateur. Il faut d'ailleurs noter que la loi du 15 juin 2000¹ a renforcé les références au contrôle judiciaire socio-éducatif en multipliant au sein de l'article 138 le renvoi aux mesures socio-éducatives et à la possibilité d'avoir recours à des associations pour encadrer la mise en œuvre du contrôle judiciaire, supprimant ainsi un peu de l'ambiguïté qui pouvait jusque là être reprochée au texte.

203. La fin d'un trouble à l'ordre public. A la lecture des textes instituant certaines mesures de contrainte, il apparaît que le législateur semble également légitimer celles-ci par l'utilité de la mesure pour mettre fin à un trouble à l'ordre public.

Ainsi, pendant longtemps, la détention provisoire pouvait être ordonnée lorsqu'elle était l'unique moyen « de mettre fin à un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé », cette dernière énumération datant de la réforme de 1996. Le trouble à l'ordre public fait référence à la réaction de l'opinion publique ainsi que des victimes quand elles voient une personne ayant commis une infraction qui leur semble grave rester en liberté². A la suite de l'affaire d'Outreau et du rapport établi par la commission parlementaire, la loi du 5 mars 2007³ tendant à renforcer l'équilibre de la procédure a modifié la rédaction de l'article 144 du Code de procédure pénale en particulier s'agissant du motif tiré de l'ordre public. Depuis le 1^{er} juillet 2007, « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré [...] qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire : [...] 7° mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle ». Ainsi, le motif tiré de l'ordre public n'a pas été supprimé comme l'avait suggéré le rapport préalable à cette réforme, mais simplement limité aux crimes. Lorsque l'on cherche à empêcher que la personne ne soit l'objet de la « vengeance » de l'opinion publique ou que celle-ci ne soit troublée par la mise en liberté de la personne, cela suppose que l'opinion publique ait la

¹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

² CHAMBON (P.), « La loi du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP* 1989 I 3417 ; note CHAMBON (P.) sous Crim. 19 février 1980, *D.* 1980 p. 356.

³ Loi n°2007-289 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

certitude que cette personne est l’auteur de l’infraction. Cette certitude peut paraître contradictoire à ce stade de la procédure¹.

204. A cette condition de nécessité *in abstracto* s’ajoute une condition de proportionnalité de la mesure de contrainte appréciée également de manière abstraite.

B- La proportionnalité in abstracto de la mesure de contrainte

205. Au-delà de la seule nécessité *in abstracto*, le caractère « strictement nécessaire dans une Société démocratique » suppose également la proportionnalité *in abstracto* de la nouvelle mesure de contrainte (1°). Toutefois, cette condition fait l’objet d’un certain assouplissement critiquable (2°).

1°/ Une exigence complémentaire

206. Une consécration progressive. Dans les premières affaires relatives à une atteinte à un droit ou une liberté proclamé(e) par la Convention européenne des droits de l’homme, la Cour se contentait de la justification de la poursuite d’un but légitime, c’est-à-dire de la nécessité de la limitation portée à une liberté, pour considérer que « la nécessité dans une Société démocratique » était respectée. Cependant, peu à peu, elle a renforcé son contrôle en la matière. Ainsi, dans l’arrêt *Handyside*, après s’être assurée de l’existence d’un besoin social impérieux justifiant l’atteinte à la liberté en question, la Cour estima que la mesure devait également être « proportionnée au but légitime poursuivi ». De même, dans l’affaire *Klass*, après avoir souligné que les Etats bénéficient d’un certain pouvoir discrétionnaire quant au choix des modalités de surveillance des correspondances et des télécommunications, « consciente des dangers, inhérents à pareille loi [en l’occurrence une loi allemande autorisant le placement sous écoutes téléphoniques en matière de terrorisme] de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu’ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l’espionnage et le terrorisme, n’importe quelle

¹ Cf. *infra* n°310 et s.

mesure jugée par eux appropriée ». Elle poursuit en soulignant que « quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif. Elle dépend de toutes les circonstances de la cause, par exemple, la nature, l'étendue et la durée des mesures éventuelles [...] »¹. Il apparaît, par conséquent, que la Cour applique de manière systématique le principe de proportionnalité².

207. Certains textes internationaux imposent expressément aux autorités nationales de veiller à la proportionnalité des atteintes à la liberté individuelle³. Depuis 1970, la Cour de justice de l'Union européenne considère la proportionnalité, au sens large, comme un droit fondamental qui doit être protégé par l'ordre juridique de l'Union européenne⁴. En revanche, si plusieurs articles de la Convention européenne des droits de l'homme sont des manifestations de la notion de proportionnalité⁵, aucune disposition n'y fait expressément référence. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le principe de proportionnalité constitue un corollaire de la notion de « nécessaire dans une Société démocratique »⁶ dont le respect est exigé par les §2 des articles 8 à 11 de la Convention comme condition de légitimité des mesures de contrainte. Si la Cour reconnaît aux Etats une marge d'appréciation leur permettant de limiter certaines libertés au nom, par exemple, de l'ordre public, « elle en consacre aussitôt l'antidote qu'est le respect du principe de proportionnalité »⁷.

¹ CEDH 6 septembre 1978, *Klass contre RFA*, Requête n° 5029/71, §49 à 52.

² Sur l'ensemble de la question du contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme voir XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1995, p. 250 à 258 et p. 271 à 273 ; VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, n°73 à 145 et n°222 à 475 ; EISSEN (M.A.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in sous la direction de PETITTI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 65 à 81 ; MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, 2 tomes.

³ Ainsi, l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 stipule que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Charte doit [...] respecter le contenu du principe de proportionnalité ».

⁴ CJCE 17 décembre 1970, *Aff. Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

⁵ En particulier la notion de « délai raisonnable » des articles 5§3 et 6§1.

⁶ RENUCCI (J.F.), *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e édition, 2010, n°20.

⁷ LAMBERT (P.), « Marge d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in sous la direction de SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 63 à 89.

208. Aucun texte interne de valeur constitutionnelle ne reconnaît expressément le principe de proportionnalité¹. Cependant, le contrôle de proportionnalité permet d’effectuer une pondération entre la liberté individuelle d’un côté et l’intérêt général de l’autre². Le contrôle de proportionnalité est indispensable pour l’effectivité de la liberté individuelle. Aussi, malgré cette absence de consécration expresse d’un principe de proportionnalité s’imposant au législateur français, le Conseil constitutionnel s’est-il peu à peu attaché à s’assurer de la proportionnalité des atteintes portées à la liberté individuelle par le législateur, en particulier au regard de l’ordre public qualifié d’objectif de valeur constitutionnelle. Il est vrai que le Conseil n’utilise pas en matière de contrainte préalable au jugement expressément la notion de proportionnalité³. Le Conseil constitutionnel semble réserver la référence expresse à cette notion aux peines, sanctions et mesures de sûreté⁴. Toutefois, il vérifie que les mesures de contrainte avant jugement créées par le législateur ne portent pas une « atteinte excessive à la liberté individuelle ». Ainsi, dans sa décision dite Sécurité et liberté⁵, le Conseil estime que « la gêne que l’application des dispositions de l’alinéa 1^{er} précité peut apporter à la liberté d’aller et de venir n’est pas excessive dès lors que les personnes interpellées peuvent justifier de leur identité par « tout moyen » ». Dans sa décision du 16 juillet 1996, le Conseil a estimé qu’une disposition autorisant « les perquisitions et saisies de nuit, pendant une période non déterminée par la loi, en tout lieu, y compris dans des locaux servant exclusivement à l’habitation en cas d’enquête préliminaire et au cours de l’instruction préparatoire, alors que d’une part le déroulement et les modalités de l’enquête préliminaire sont laissées à la discrétion du procureur de la République, ou sous son contrôle, des officiers et agents de police judiciaire et que d’autre part, dans l’instruction préparatoire, l’autorité judiciaire déjà investie de la charge de celle-ci se voit en outre attribuer les pouvoirs d’autoriser, de diriger et de

¹ Voir sur ce point notamment PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, op. cit., p. 88 à 90 et p. 98 à 100 ; XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit., p. 14 à 62..

² Pour plus de détails sur cette origine du contrôle de proportionnalité en Allemagne voir XYNOPOULOS (G.), *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, op. cit., p. 117 à 158.

³ Voir notamment FROMONT (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 n°spécial p. 156.

⁴ Voir notamment les décisions Cons. Const. Décision n°99-424 DC du 29 décembre 1999 Loi de finances pour 2000 ; Cons. Const. Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002 Loi de modernisation sociale ; Cons. Const. Décision n°2002-461 DC du 29 août 2002 Loi d’orientation et de programmation pour la justice ; Cons. Const. Décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003 Loi pour la sécurité intérieure ; Cons. Const. Décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003 Loi relative à la maîtrise de l’immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ; Cons. Const. Décision n°2007-553 DC du 3 mars 2007 Loi relative à la prévention de la délinquance ; Cons. Const. Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008 Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

⁵ Cons. Const. Décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

contrôler les opérations en cause, est de nature à entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle »¹. Plus récemment, devant s'interroger sur la conformité de la prolongation de la garde à vue en matière de criminalité organisée mise en place par le législateur en 2004, le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositions ne portaient pas une « atteinte excessive à la liberté individuelle »². La même expression peut être relevée dans la décision n°2005-527 DC relative au mandat de dépôt à l'audience à l'encontre des prévenus en état de récidive légale³. Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu valeur constitutionnelle à la proportionnalité des mesures de contrainte avant jugement. Le Conseil limite ainsi la marge d'appréciation laissée à celui-ci en lui imposant de justifier la création des mesures de contrainte au regard de la nécessité des celles-ci pour la protection de la Société et leur proportionnalité au regard de la protection de la liberté individuelle.

Il est possible de trouver un fondement textuel à ce critère de légitimité de la mesure de contrainte même si le Conseil constitutionnel n'y fait pas référence. En effet, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rappelle que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». La rédaction de cet article peut, *a priori*, paraître redondante et ne viser que le principe de nécessité de ces mesures. En effet, ce texte fait référence à la fois au caractère « indispensable » de l'arrestation et au fait que la mesure doit être « strictement nécessaire ». Le caractère indispensable d'une mesure renvoie à la notion de nécessité puisqu'il fait penser sans hésitation à la notion de « besoin social impérieux » utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, même s'il semble plus exigeant. Il est possible de se demander si les rédacteurs de la Déclaration n'ont pas ici, en quelque sorte, commis une confusion en utilisant le terme de nécessaire à la place de celui de proportionnalité. En effet, lorsque l'article 9 reconnaît la possibilité d'arrêter une personne à condition que cette atteinte soit « indispensable », il souligne que la contrainte doit être nécessaire. A défaut, elle ne saurait exister. En revanche, par l'expression « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne », les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen mettent l'accent sur le caractère proportionnel de la contrainte au regard de la situation de fait. La Déclaration des droits de l'homme semble limiter la

¹ Cons. Const. Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

² Cons. Const. Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³ Cons. Const. Décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005 Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

proportionnalité de la mesure à la mise en œuvre concrète de celle-ci, l’article 9 estimant que le non respect de la proportionnalité doit être sanctionné par la loi. Cependant, par sa valeur constitutionnelle, elle s’impose également au législateur. De plus, il ne faut pas oublier que dans l’esprit des rédacteurs de la Déclaration, la légitimité d’une atteinte à la liberté individuelle était consubstantielle à sa légalité. Le respect de la proportionnalité par le législateur était, par conséquent, présumé. Aujourd’hui, la proportionnalité intervient pour renforcer l’effectivité de la liberté individuelle et, ainsi, assurer la légitimité de la mesure de contrainte créée.

209. Une illustration : limitation ou interdiction de la contrainte. Si aucune limite n’est prévue par le législateur, l’effectivité de la liberté individuelle ne peut pas être assurée. Dès lors, la légitimité de la création des mesures de contrainte est remise en cause. Par conséquent, le législateur français limite dans le temps les mesures de contrainte par le recours à un système mixte. En outre, il interdit, dans certains cas, le recours à toute mesure de contrainte, le contexte rendant toute atteinte à la liberté individuelle par définition illégitime.

210. De prime abord, la meilleure façon pour le législateur, qui intervient par définition *in abstracto* et *a priori*, de limiter la gravité des atteintes à la liberté et d’en assurer ainsi la légitimité consiste à fixer des limites quantitatives. Il va ainsi, par exemple, déterminer un certain délai que la mesure de contrainte ne pourra excéder. De nombreux Etats, ayant adopté leurs constitutions après la seconde guerre mondiale, ont opté pour une détermination constitutionnelle de la proportionnalité des mesures de contrainte¹. En droit français, la détermination de la durée de ces mesures ne relève pas du pouvoir constituant mais du seul législateur en vertu du principe de légitimité des mesures de contrainte qui s’impose à lui. S’il décide de limiter la durée d’une mesure de contrainte par des délais quantitativement fixés par avance, le législateur a le choix entre deux techniques. Il s’agit de la technique des tranches et de celle des délais-butoirs².

La technique des tranches implique que la mesure de contrainte ne dépasse pas un certain délai à l’expiration duquel la mesure peut être prolongée pour un nouveau délai. Par exemple, en vertu

¹ L’article 104 de la Loi fondamentale allemande interdit à la police de détenir une personne au-delà du lendemain de son arrestation. La Constitution espagnole, quant à elle, fixe à soixante-douze heures la durée maximale de la garde à vue. D’ailleurs, il est intéressant de relever que lors de l’adoption de cette durée, certains constituants ont considéré qu’elle était injustifiable et ne constituait qu’une résurgence de l’ordre public franquiste. Sur ce point voir CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, *op. cit.*, p. 36.

² Voir notamment PRADEL (J.), *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e édition, 1991, p. 69 ; PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^e édition, 2008, n°358 et 359.

de l'article 100-2 du Code de procédure pénale, les écoutes téléphoniques peuvent être ordonnées pour une durée maximale de quatre mois. Cette mesure peut être renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée. Le législateur ne fixe alors pas de limite aux renouvellements possibles.

La technique des délais-butoirs, quant à elle, consiste à mettre fin automatiquement, et obligatoirement, à la mesure de contrainte à l'expiration d'un certain délai après prolongation ou non. Les mesures de contrainte envisagées n'ayant plus de titre à l'expiration de ces délais fixés par le législateur sont de ce fait arbitraires¹. Ainsi, la vérification d'identité ne peut durer que quatre heures depuis la loi du 10 juin 1983². S'agissant d'un délai-butoir, à l'issue de cette durée, la personne doit être remise en liberté, sauf à ce qu'elle soit placée en garde à vue immédiatement.

Le législateur français cumule régulièrement les deux mécanismes en particulier dans le cadre des mesures de contrainte privatives de liberté. Ainsi, la garde à vue ne peut, en principe, dépasser vingt-quatre heures renouvelables une fois par le procureur de la République, soit un total de quarante huit heures. De même, en matière de détention provisoire, au fil des réformes, le législateur a cumulé les deux techniques possibles. Le Code d'instruction criminelle de 1810 prévoyait une détention préventive sans limite de durée. La loi du 7 février 1933 a mis fin à un tel système et a introduit en droit français le système des tranches avec un renouvellement périodique mensuel de la détention provisoire. La loi du 25 mars 1935 a, quant à elle, introduit les délais-butoirs en limitant à deux le nombre des renouvellements mensuels. Toutefois le décret-loi du 18 novembre 1939 a aboli les apports des deux lois de 1933 et 1935. La durée de la détention provisoire est ainsi redevenue indéfinie. Il a fallu attendre la loi du 17 juillet 1970³, ayant souligné le caractère exceptionnel de la détention provisoire, pour que le législateur français décide à nouveau d'en limiter la durée en fonction de ce qui lui a paru être la durée moyenne de l'instruction⁴, soit quatre mois, du moins en matière correctionnelle. La loi du 17 juillet 1970 a également autorisé le juge d'instruction à prolonger la détention provisoire par tranches successives de quatre mois sans limitation de durée totale jusqu'à la clôture de l'instruction. Si, dès la loi du 6 août 1975⁵, le législateur a décidé de limiter les possibilités de prolongation en matière correctionnelle, aucune limite ne fut ainsi fixée en matière criminelle jusqu'à la loi du 15

¹ CEDH 28 octobre 2004, *Bojinov contre Bulgarie*, Requête n° 47799/99 ; CEDH 22 décembre 2004, *Bojilov contre Bulgarie*, Requête n° 45114/98 ; CEDH 22 décembre 2004, *Mitev contre Bulgarie*, Requête n° 40063/98 ; RSC 2005 p. 631 à 661 Chr. MASSIAS (F.).

² Loi n°83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation de certaines dispositions de la loi n°81-82 du 2 février 1981. La loi n°81-82 du 2 février 1981 permettait jusqu'à six heures.

³ Préc..

⁴ PRADEL (J.), « La réforme de la détention préventive », *Garç. Pal.* 1972 1^{er} sem. Doct. p. 1 à 19.

⁵ Loi n°75-701 du 6 août 1975 portant dispositions de procédure pénale.

juin 2000. Depuis celle-ci, selon l’article 145-2, le juge des libertés et de la détention peut prolonger la détention provisoire en matière criminelle de six mois en six mois mais uniquement jusqu’à deux ans maximum lorsque la peine encourue est inférieure à vingt ans de réclusion ou détention criminelle. Lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à vingt ans, la détention provisoire peut aller jusqu’à trois ans. La criminalité organisée autorise, quant à elle, une durée de quatre ans.

211. Le contexte ou l’élément de la liberté individuelle atteint peuvent conduire le législateur à interdire tout recours à tel ou tel type de contrainte afin d’en assurer la légitimité. La mesure de contrainte paraît par nature constituer une atteinte arbitraire à la liberté individuelle.

Ainsi, le caractère arbitraire de l’atteinte à la liberté individuelle que cela constituerait, justifie, selon le législateur, qu’aucune intrusion ne puisse avoir lieu dans un domicile la nuit. Faisant écho à une disposition de la Loi des XII Tables qui interdisait les jugements rendus de nuit, la Constitution de l’an III disposait que « la maison de chaque citoyen est inviolable : pendant la nuit, nul n’a le droit d’y entrer que dans le cas d’incendie, d’inondation ou de réclamation venant de l’intérieur de la maison. Pendant le jour on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu’en vertu d’une loi et pour la personne ou l’objet spécialement désigné dans l’acte qui ordonne la visite ». Ce principe, aujourd’hui repris par l’article 59 du Code de procédure pénale relatif à l’enquête de flagrance, s’applique à l’ensemble de la procédure, le Code procédant par un système de renvoi à cet article 59 que ce soit au stade de l’enquête préliminaire ou de l’instruction. De même, l’article 134 précise que « l’agent chargé de l’exécution d’un mandat d’amener, d’arrêt ou de recherche ne peut s’introduire dans le domicile d’un citoyen avant six heures ni après vingt et une heures ». Le Code de procédure pénale définit ainsi la nuit comme allant de vingt et une heures à six heures, sans possibilité de variations. Le Code d’instruction criminelle et le décret de 1903 comportaient la même interdiction mais renvoyaient pour détermination de son étendue à l’article 1037 du Code de procédure civile, selon lequel la nuit s’étendait entre dix-huit heures et six heures du 1^{er} octobre au 31 mars, et entre vingt et une heures et quatre heures du 1^{er} avril au 30 septembre. Ce texte tentait ainsi, schématiquement, d’aligner la nuit juridique sur le lever et le coucher du soleil aux différentes périodes de l’année. Cette disposition a été modifiée en 1954 par souci de simplification. Puis le Code de procédure pénale se dota de sa propre définition de la nuit¹.

¹ *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Dalloz, 1956.

Depuis cette modification, la nuit a ainsi une définition uniforme¹ quelle que soit la période de l'année, indépendamment du rythme solaire. Cette interdiction s'explique par la volonté du législateur de respecter une sorte de trêve sociale, liée au repos nocturne, conduisant à une protection accrue du domicile, ou plus exactement de tout lieu fermé, la nuit. A l'origine ces dispositions indiquaient l'absence du droit la nuit. Aujourd'hui², elles sont interprétées comme une manifestation de la volonté du législateur français de faire prévaloir la protection nocturne du domicile au sens large, ou pour être plus précis de tout lieu clos, sur la recherche des preuves. Aucune introduction des services de police ne peut avoir lieu entre ces horaires déterminés par le législateur. Une telle intrusion semble être considérée comme trop insupportable, disproportionnée au regard du but poursuivi et, dès lors, par nature illégitime.

Ce que le législateur a souhaité ainsi limiter, c'est bien l'introduction au domicile entendu au sens large et non le déroulement de ces mesures. En effet, si une perquisition ne peut commencer entre vingt et une heures et six heures, rien ne s'oppose à ce qu'une telle mesure commencée avant vingt et une heures se poursuive après cette heure, l'article 59 disposant que les perquisitions et visites domiciliaires « ne peuvent être commencées avant six heures et après vingt et une heures ». D'ailleurs, l'article 169 du décret de 1903 dispose expressément que « toute perquisition régulièrement commencée dans le temps légal ainsi défini peut être poursuivie sans discontinuité, même après vingt et une heures ». Il semble par conséquent exister une « faille » quant à l'inviolabilité renforcée du domicile, même si une telle possibilité se comprend. En effet, comment imaginer une perquisition qui devrait s'arrêter pendant neuf heures au risque de voir disparaître certaines preuves? Même s'il est possible de s'interroger sur une telle solution³, la recherche d'une certaine efficacité des mesures mises en œuvre semble prévaloir sur ce point. Le principe d'inviolabilité nocturne renforcée du domicile fait donc clairement obstacle à la mise en œuvre de certaines mesures de contrainte. L'atteinte à la sphère privée que constitue le domicile

¹ En procédure pénale au sens strict du moins. Le Code des douanes n'autorise l'accès aux locaux à usage professionnel et aux terrains et entreprises où les marchandises et documents sont susceptibles d'être détenus qu'entre huit heures et vingt heures. En revanche, l'accès aux lieux privés peut être autorisé par le juge des libertés et de la détention, en dehors d'un cas de flagrance, entre six heures et vingt et une heures pour les infractions visées aux articles 414 à 429 et 459 du Code des douanes, c'est-à-dire principalement la contrebande, l'importation et l'exportation sans déclaration. Le Livre des procédures fiscales n'ayant pas été modifié sur ce point depuis une loi du 28 avril 1816 prévoit trois horaires différents selon la période de l'année à laquelle on se situe. En effet, l'article L27 dispose que « quand il n'existe pas de dispositions particulières, les visites et vérifications prévues par l'article L26 ont lieu seulement dans les locaux affectés à l'exercice de la profession ou de l'activité qui fait l'objet du contrôle et dans les annexes et dépendances des mêmes locaux, pendant les intervalles de temps ci-après : 1°/ pendant les mois de janvier, février, novembre et décembre, depuis 7 heures du matin jusqu'à 6 heures du soir 2°/ pendant les mois de mars, avril, septembre et octobre, depuis 6 heures du matin jusqu'à 7 heures du soir 3°/ pendant les mois de mai, juin, juillet et août, depuis 5 heures du matin jusqu'à 8 heures du soir ».

² Sur l'évolution de la nuit en droit voir CARBONNIER (J.), « Nocturne », in *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e édition, 2001, p. 61 à 66.

³ Voir notamment MERLIN-MOLLARD (N.), *La nuit en droit pénal*, Thèse Lyon III, 1997, n°96 à 98.

et à la trêve nocturne paraissant dans le cas contraire disproportionnée au regard de la recherche des preuves. Le législateur estime ainsi que les actes de recherche des preuves envisagés peuvent parfaitement être remis au jour suivant, les lieux pouvant alors être placés sous surveillance pour éviter d’éventuelles fuites des suspects ou disparition de preuves.

212. Il existe toutefois des atteintes à ce principe d’inviolabilité nocturne du domicile, l’exigence de proportionnalité *in abstracto* de la contrainte probatoire étant régulièrement assouplie.

2°/ Une exigence assouplie

213. L’une des conditions préalables traditionnelles des mesures de contrainte est la peine encourue. Cela permet au législateur de limiter le recours à ces mesures afin d’en assurer la légitimité substantielle par la proportionnalité entre la gravité de l’atteinte à l’ordre public et l’atteinte à la liberté individuelle que cette condition implique. Toutefois, il est possible de relever un certain nombre de lacunes législatives sur ce point. De plus, la gravité particulière des faits justifie de plus en plus souvent des atteintes à la liberté individuelle. Dans les deux cas, la protection de la liberté individuelle en est amoindrie.

214. Le critère de la peine encourue. Si les indices d’imputation constituent parfois les seules conditions préalables à certaines mesures de contrainte¹, régulièrement le législateur n’autorise le recours à une telle mesure qu’en présence d’infractions punies de certaines peines. Ces peines légitiment la mesure de contrainte créée, la gravité des faits permettant une contrainte accrue.

¹ En vertu de l’article 78-2 du CPP, peuvent être soumises à un contrôle d’identité les personnes à l’égard desquelles « existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre une infraction ; ou qu’elle se prépare à commettre un crime ou un délit ; ou qu’elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l’enquête en cas de crime ou de délit ; ou qu’elle fait l’objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire ». Si les trois dernières hypothèses visent un crime ou un délit ce n’est pas le cas de la première. De plus, à l’issue de ce contrôle, les personnes refusant ou se trouvant dans l’impossibilité de justifier de leur identité peuvent être soumises à une vérification d’identité en vertu de l’article 78-3 du CPP.

215. Ainsi, l'enquête de flagrance, caractérisée par sa coercition, ne peut être mise en œuvre qu'en cas de crime ou de délit puni d'emprisonnement en vertu de l'article 67 du Code de procédure pénale. *A contrario*, l'ensemble des pouvoirs de contrainte accordés dans le cadre d'une enquête de flagrance ne sont donc pas applicables aux contraventions ou aux délits non punis d'emprisonnement. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, d'ailleurs, rappelé que les saisies opérées en matière contraventionnelle relèvent du domaine réglementaire et non des articles 53 et 76 du Code de procédure pénale¹. L'ensemble des mesures de contrainte possibles dans le cadre de l'enquête de flagrante sont ainsi subordonnées à la recherche d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement. En la matière, quelques textes semblent limiter certaines mesures de contrainte aux crimes. Ainsi en est-il de l'article 56 relatif aux perquisitions². Pourtant, l'ensemble des dispositions relatives à l'enquête de flagrance doivent être lues au regard de l'article 67 du Code de procédure pénale selon lequel « les dispositions des articles 54 à 66, à l'exception de celles de l'article 64-1, sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement ». Monsieur Desportes et Madame Lazerges-Cousquer soulignent que cette restriction apparente de certaines dispositions aux seuls crimes « n'est qu'un vestige des dispositions correspondantes du Code d'instruction criminelle qui excluaient les délits de leur champ d'application »³.

216. Toutefois, alors que la peine encourue semble garantir la protection de la liberté individuelle en limitant le recours aux mesures de contrainte aux cas les plus graves, paradoxalement le législateur ne subordonne pas expressément le recours à la contrainte à une certaine gravité des faits dans le cadre de l'enquête préliminaire. Ainsi, ni l'article 76 ni l'article 77, respectivement relatifs aux perquisitions et à la garde à vue, ne font référence à la gravité des faits. A priori rien n'exclut, par conséquent, le placement en garde à vue ou une perquisition dans le cadre d'une enquête préliminaire relative à un délit puni d'une peine inférieure à celle prévue pour l'enquête de flagrance ou même à une simple contravention. Pourtant, l'enquête préliminaire est, en principe, moins contraignante que l'enquête de flagrance.

¹ Crim. 9 janvier 1986, *Bull.* n°14.

² Cet article dispose en effet que « Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal.

³ DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2009, n°1607.

La même remarque peut d’ailleurs être faite dans le cadre de l’instruction. Le juge d’instruction peut être saisi par le ministère public ou par constitution de partie civile. En vertu de l’article 79 du Code de procédure pénale « l’instruction préparatoire est obligatoire en matière de crime ; sauf dispositions spéciales, elle est facultative en matière de délit ; elle peut également avoir lieu en matière de contravention si le procureur de la République le requiert en application de l’article 44 ». La saisine du juge d’instruction par constitution de partie civile est toutefois limitée aux crimes et délits par l’article 85 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale. En cas de commission rogatoire, l’officier de police judiciaire délégataire doit, par définition, respecter les règles encadrant l’instruction et non celles de l’enquête. En dehors des cas de contrainte propres à l’instruction que sont le contrôle judiciaire¹, la détention provisoire² et les écoutes téléphoniques³, le législateur ne semble pas limiter les pouvoirs de contrainte à certains faits, sauf l’hypothèse d’une constitution de partie civile par voie d’action. Ainsi, l’article 154 régissant la garde à vue au cours de l’instruction ne la subordonne à aucune condition quant à l’infraction. Alors que perquisitions et gardes à vue ne sont possibles que pour les crimes et délits punis d’emprisonnement dans le cadre d’une enquête de flagrance, rien ne semble s’opposer à ce que ces mesures soient mises en œuvre lors d’une instruction ou d’une enquête préliminaire relative à une simple contravention ou un délit non puni d’emprisonnement. Le pouvoir de contrainte apparaît dès lors plus important dans le cadre d’une instruction et d’une enquête préliminaire que dans le cadre d’une enquête de flagrance. Certains auteurs soulignent toutefois que l’article 26 de la Constitution contredit implicitement cette interprétation. Selon cet article, « aucun membre du Parlement ne peut faire l’objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d’une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu’avec l’autorisation du Bureau de l’assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n’est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive ». Ce texte exclurait toute privation de liberté en matière contraventionnelle que ce soit dans le cadre d’une instruction ou dans le cadre d’une enquête préliminaire⁴. Cependant, il paraît étonnant d’avoir recours à une disposition constitutionnelle

¹ Le contrôle judiciaire ne peut être mis en place que si la peine encourue est au minimum une peine correctionnelle en vertu de l’article 138 du CPP.

² Selon l’article 143-1 du CPP, la détention provisoire ne pourra être ordonnée que si la personne mise en examen encourt au minimum une peine correctionnelle d’une durée égale ou supérieure à trois ans d’emprisonnement. Quant à la détention provisoire ordonnée dans le cadre de la comparution immédiate, elle est du fait du cadre même de la comparution immédiate, limitée aux délits punis au minimum de six mois d’emprisonnement en cas de flagrance et de deux ans d’emprisonnement en cas d’enquête préliminaire.

³ Les écoutes téléphoniques supposent la commission d’une infraction punie d’au moins deux ans d’emprisonnement en application de l’article 100 du CPP.

⁴ DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale, op. cit.*, 2009, n°2526.

relative aux seuls élus pour fonder une telle interdiction générale. En pratique, il semble que l'habitude ait été prise de limiter la garde à vue aux crimes et délits punis de peines d'emprisonnement¹ quel que soit le cadre de sa mise en œuvre.

217. Une étude récente de législation comparée menée par le Sénat a souligné qu'en dehors de l'Angleterre et du Pays de Galles, la plupart des Etats subordonnent le placement en garde à vue à l'existence d'une infraction d'une certaine gravité². L'Angleterre limitait traditionnellement les gardes à vue aux seules infractions punies d'un emprisonnement d'au moins cinq ans. Cette disposition a été abandonnée depuis le 1^{er} janvier 2006. Depuis cette date, toutes les infractions permettent un placement en garde à vue quelle que soit leur gravité. L'Allemagne exclut la garde à vue pour les infractions punies d'une peine inférieure à six mois d'emprisonnement. Toutefois, il ne s'agit que d'une solution prétorienne fondée sur le principe de proportionnalité et non d'une disposition expresse. La situation française peut dès lors en être rapprochée. En revanche, en Belgique, en Espagne et en Italie, le législateur a expressément défini les infractions permettant le placement en garde à vue au regard du quantum de la peine encourue. La Belgique exclut toute garde à vue en matière contraventionnelle. En Espagne, la garde à vue suppose une infraction punie d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Le droit italien, quant à lui, ne permet le recours à la garde à vue que pour les infractions punies d'une peine supérieure à trois ans d'emprisonnement.

218. S'inspirant du rapport Léger, l'avant-projet de Code de procédure pénale réserve la garde à vue aux personnes à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis un crime ou un délit puni d'emprisonnement que l'on soit dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une enquête de flagrance³. Cette proposition a été consacrée par la loi du 14 avril 2011⁴. La garde à vue est dès lors expressément exclue en matière contraventionnelle ou de délit non puni d'emprisonnement. Qu'en est-il des autres mesures de contrainte ? Afin d'éviter toute ambiguïté, il serait nécessaire que le législateur prenne soin de préciser expressément le champ d'application de l'ensemble des mesures de contrainte quel que soit le cadre d'enquête. Le Conseil constitutionnel semble d'ailleurs aller en ce sens. En effet,

¹ *Rapport Léger*, 1^{er} septembre 2009, p. 21.

² *La garde à vue*, Sénat, Etude de législation comparée n°204, décembre 2009.

³ Le rapport Léger et l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 font référence à un « cadre unique d'enquête ». Cependant, si l'instruction est supprimée, la distinction enquête de flagrance / enquête préliminaire est maintenue.

⁴ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

dans une décision du 23 juin 2011, tout en concluant à la constitutionnalité de l’article 130 du Code de procédure pénale, il a émis une réserve d’interprétation tendant à limiter la privation de liberté de quatre à six jours, possible dans le cadre de l’exécution d’un mandat d’amener en cas de transfèrement, aux personnes encourant une peine d’emprisonnement correctionnelle ou plus grave¹.

219. La nature particulière des faits, critère en expansion. En dehors de toute référence à la peine encourue, la lutte contre certaines infractions considérées comme particulièrement dangereuses pour la Société conduit le législateur à créer des mesures de contrainte propres à ces infractions.

220. La lutte contre ces infractions justifie, ainsi, certains assouplissements à l’inviolabilité renforcée du domicile. A titre d’exemple, en matière de proxénétisme, une ordonnance du 25 novembre 1960² a autorisé les perquisitions et visites domiciliaires à toute heure « à l’intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boissons, club, cercle, dancing, lieu de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public »³. De même, la loi du 15 janvier 1963⁴, prévoyait la possibilité pour le procureur de la République et le juge d’instruction de procéder ou de faire procéder à des perquisitions et saisies en tout lieu, même de nuit, en cas d’atteinte à la sûreté de l’Etat⁵. La loi du 31 décembre 1970⁶ a, à son tour, autorisé en matière de trafic de stupéfiants les perquisitions de nuit en tout lieu⁷. La loi du 9 septembre 1986⁸ a, par la suite, donné au président du tribunal de grande instance ou au juge délégué, à la requête du procureur de la République, ou encore au juge d’instruction, le pouvoir d’autoriser les perquisitions et saisies nocturnes en matière de terrorisme.

¹ Cons. Const. décision n°2011-133 QPC du 24 juin 2011, *D.* 2011 p. 1764 ; *Procédures* 2011 Comm. n°276 note CHAVENT-LECLERE (A.S.).

² Ordonnance n°60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme.

³ Disposition intégrée à l’article 59 alinéa 2 du Code de procédure pénale puis transféré par la loi du 16 décembre 1992 à l’article 706-35 du même Code.

⁴ Adoptée à la suite du putsch des Généraux de 1961, cette loi a été abrogée par la loi du 4 août 1981.

⁵ Voir notamment LEVASSEUR (G.), « La Cour de sûreté de l’Etat (lois du 15 janvier 1963) », *Gaz. Pal.* 1963 1^{er} semestre Doct. p. 26 à 32 ; VITU (A.), « Une nouvelle juridiction d’exception : la Cour de sûreté de l’Etat », *RSC* 1964 p. 24 à 51 ; VOUIN (R.), « La Cour de sûreté de l’Etat (lois du 15 janvier 1965) », *JCP* 1963 I 1764.

⁶ Loi n°70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l’usage illicite des substances vénéneuses.

⁷ DOLL (P.J.), « La lutte contre la toxicomanie », *Gaz. Pal.* 1971 1^{er} sem. Doct. p. 117 à 125.

⁸ Loi n°86-1020 relative à la lutte contre le terrorisme.

La loi du 9 mars 2004¹ a abrogé, à compter du 1^{er} octobre 2004, un certain nombre de dispositions en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants. Pour autant, les articles 706-89 et suivants du Code de procédure pénale permettent au juge des libertés et de la détention d'autoriser, à la requête du procureur de la République, les perquisitions nocturnes dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire ou d'une instruction² relative à l'un des faits de criminalité ou délinquance organisée définis aux articles 706-73 du même Code. Parmi la liste des faits de criminalité ou délinquance organisée donnée par l'article 706-73 sont visés les actes de terrorisme et le trafic de stupéfiants. Le législateur a ainsi étendu les dérogations à l'inviolabilité nocturne du domicile. Dans le cadre d'une enquête préliminaire, le législateur a, toutefois, exclu de telles perquisitions dans les locaux d'habitation. Lors de l'instruction, le juge d'instruction peut, selon l'alinéa 2 de l'article 706-91, « également autoriser les officiers de police judiciaire à procéder à ces opérations dans les locaux d'habitation : 1° lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ; 2° lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ; 3° lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 ». Ainsi, l'urgence permet de perquisitionner de nuit même les locaux d'habitation. L'urgence de la recherche des preuves liée à la gravité des faits légitime, selon le législateur, une dérogation totale à l'inviolabilité renforcée du domicile. Le Conseil constitutionnel a estimé que cette disposition de l'article 706-91 ne portait pas une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile³. La loi du 9 mars 2004 reprend la nullité de la procédure en cas de détournement de ces pouvoirs prévue en matière de proxénétisme, trafic de stupéfiants ou terrorisme, soulignant ainsi la volonté du législateur de limiter cette dérogation à des faits suffisamment graves pour que cette atteinte à la liberté individuelle soit proportionnelle. Un tel assouplissement à l'inviolabilité du domicile permet sans conteste de renforcer l'efficacité des procédures.

221. A la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Kruslin* et *Huvig*, la Cour de cassation avait indiqué, ne pouvant être plus précise, que les écoutes téléphoniques ne pouvaient concerner que les infractions portant gravement

¹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

² Sur ce nouvel article voir BRIGNANT (J.M.), « Quand le droit pénal ajourne la nuit. Réflexions sur la dimension nocturne en droit pénal », *RSC* 2005 p. 819 à 831.

³ Cons. Const. Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, §56.

atteinte à l’ordre public¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait ainsi essayé de limiter ces mesures à des faits graves. La loi du 10 juillet 1991², respectant ainsi les exigences de la Cour européenne des droits de l’homme, retient que les écoutes ne peuvent être ordonnées que dans le cadre d’une instruction et que si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d’emprisonnement pour une durée maximale de quatre mois renouvelable, en vertu des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale. Cependant, allant plus loin au nom de la gravité des faits, la loi du 9 mars 2004³ permet au juge des libertés et de la détention d’autoriser de telles interceptions « si les nécessités de l’enquête de flagrance ou de l’enquête préliminaire relative à l’une des infractions entrant dans le champ d’application de l’article 706-73 l’exigent » pour une durée de quinze jours renouvelable une fois, soit un total d’un mois. Ainsi, la gravité des faits permet une nouvelle dérogation à l’intimité de la vie privée. De même, en vertu des articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale, seul un crime ou un délit entrant dans le champ d’application de la criminalité organisée peut permettre au juge d’instruction d’ordonner une sonorisation d’un lieu privé ou public ou la fixation d’images dans un lieu privé. La mise en place d’un tel dispositif peut avoir lieu en dehors des heures légales prévues pour les perquisitions, à condition toutefois, s’il s’agit d’un lieu d’habitation, que le juge des libertés et de la détention en donne l’autorisation.

222. Bien avant la prise en compte de la difficulté de la lutte contre le terrorisme et de la dangerosité de ce dernier pour l’ordre public, le législateur français n’avait pas hésité à permettre une garde à vue étendue en cas de circonstances jugées dangereuses pour l’ordre public établi. Ainsi, la guerre d’Algérie avait conduit le législateur à prévoir des durées de garde à vue exceptionnelles pouvant aller jusqu’à quinze jours. Ces dispositions furent abrogées par la suite. Toutefois, le législateur maintient un régime dérogatoire en matière de trafic de stupéfiants. A la suite de la vague d’attentats à Paris en 1986, la loi du 9 septembre 1986⁴ est venue permettre une prolongation de la garde à vue en cas de terrorisme. Ces dispositions propres aux stupéfiants et au terrorisme ont été étendues à l’ensemble de la criminalité organisée par la loi du 9 mars 2004⁵.

¹ Crim. 15 mai 1990, *Bull.* n°193 ; Crim. 6 novembre 1990, *Bull.* n°369.

² Loi n°91-646 du 10 juillet 1990 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. Voir notamment MARON (A.) et VERON (M.), « Commentaire de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications », *Dr. Pén.* Décembre 1991 Chr. p. 1 à 4 et *Dr. Pén.* Janvier 1992 Chr. p. 1 à 3.

³ Préc..

⁴ Préc..

⁵ Préc..

La loi du 23 janvier 2006¹ renforce ces dérogations en cas de terrorisme. Désormais, dans une telle hypothèse, la garde à vue peut atteindre six jours.

223. La protection de la Société conduit ainsi le législateur à porter des atteintes de plus en plus graves à la liberté individuelle. Si cela paraît, *a priori*, justifié, il faut toutefois prendre garde à ce que la liberté individuelle ne soit pas excessivement battue en brèche. Il est, en effet, possible de s'interroger sur la proportionnalité réelle de certaines atteintes à la liberté individuelle ainsi mises en place.

224. La légitimité substantielle de la contrainte probatoire suppose également un choix pertinent de l'autorité à laquelle le nouveau titre de contrainte créé est attribué.

Section II – Une attribution légitime de la contrainte

225. S'il est possible de trouver quelques fondements textuels ou jurisprudentiels du principe de légitimité substantielle de la création de la contrainte probatoire, tel n'est pas le cas s'agissant de la légitimité de son attribution. Cependant, le principe de légitimité substantielle semble bel et bien également guider le législateur à ce stade. En effet, le choix des autorités actuellement titulaires de la contrainte probatoire paraît déterminé par les différents corollaires de la légitimité substantielle. En outre, ces corollaires sont à l'origine des réflexions relatives à une nouvelle répartition des titres de contrainte entre les autorités participant à la recherche de la vérité. Tant le droit positif (§1) que le droit prospectif (§2) permettent, par conséquent, d'établir l'existence du principe de légitimité substantielle de l'attribution de la contrainte probatoire.

§1- Le droit positif illustration d'une attribution légitime

¹ Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, la sécurité et les contrôles frontaliers

226. En droit positif, la légitimité substantielle est à la fois un critère implicite de l’attribution de la contrainte probatoire (A) et une source de critique de celle-ci (B).

*A- La légitimité substantielle, critère implicite
d’attribution de la contrainte*

227. La légitimité substantielle de l’attribution de la contrainte probatoire suppose que le législateur choisisse comme titulaire de la contrainte des autorités garantissant la recherche de l’intérêt général tant par leur mission que par les garanties fonctionnelles qu’elles présentent, en particulier leur indépendance. L’étude du droit positif montre que ces corollaires de la légitimité substantielle guident effectivement le choix du législateur lorsqu’il attribue un titre de contrainte aux services de police (1°), au juge d’instruction (2°) ou au ministère public (3°).

1°/ Les services de police

228. Leur mission. Il a été souligné précédemment que les services de police judiciaire sont les principaux titulaires des mesures de contrainte¹. Cette attribution est légitimée par leur rôle au cours de la procédure pénale. En effet, en vertu de l’article 14 du Code de procédure pénale, la police judiciaire « est chargée, suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d’en rassembler les preuves et d’en rechercher les auteurs tant qu’une information n’est pas ouverte. Lorsqu’une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d’instruction et défère à leurs réquisitions ». Chargée à titre principal de la recherche des indices, il est légitime qu’elle soit le titulaire principal des mesures de contrainte. Ces dernières lui sont en effet nécessaires pour assurer sa mission qui contribue à la protection de la Société.

229. Il a été souligné que les officiers de police judiciaire sont titulaires de la plupart des mesures de contrainte créées par le législateur². En vertu des deux premiers alinéas de l’article 17

¹ Cf supra n°146 et s..

² *Ibid.*

du Code de procédure pénale, « les officiers de police judiciaire exercent les pouvoirs définis à l'article 14 ; ils reçoivent les plaintes et dénonciations ; ils procèdent à des enquêtes préliminaires dans les conditions prévues par les articles 75 à 78. En cas de crimes et délits flagrants, ils exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par les articles 53 à 67 ». En revanche, en vertu de l'article 20 du même Code, les agents de police judiciaire ont seulement pour mission de « seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire ; de constater les crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal ; de recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toutes personnes susceptibles de leur fournir des indices, preuves et renseignements sur les auteurs et complices de ces infractions ». En vertu de l'article 21 du Code de procédure pénale, les agents de police judiciaire adjoints, quant à eux, ont pour mission de « seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire ; de rendre compte à leurs chefs hiérarchiques de tous crimes, délits ou contraventions dont ils ont connaissance ; de constater, en se conformant aux ordres de leurs chefs, les infractions à la loi pénale et de recueillir tous les renseignements en vue de découvrir les auteurs de ces infractions, le tout dans le cadre et dans les formes prévues par les lois organiques ou spéciales qui leur sont propres ; de constater par procès-verbal les contraventions aux dispositions du Code de la route dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'ils constatent une infraction par procès-verbal, les agents de police judiciaire adjoints peuvent recueillir les éventuelles observations du contrevenant ».

230. Ainsi, la mission de protection de la Société accordée permet de légitimer l'attribution du pouvoir de contrainte aux services de police judiciaire et la gradation de ce pouvoir entre les membres de celle-ci.

231. Leurs garanties fonctionnelles. Avec la substitution de l'intérêt général à la volonté générale, va apparaître l'idée de services publics œuvrant pour l'intérêt général et non plus simples exécuteurs de la loi. Aussi, pour Duguit, le fonctionnaire doit bénéficier d'un statut lui garantissant une certaine indépendance à l'égard de l'arbitraire gouvernemental¹. Le statut des autorités auxquelles est attribué un pouvoir participe donc de la légitimité de celui-ci.

¹ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel, Tome II, Théorie générale de l'Etat*, éditions E. De Boccard, 3^e édition, 1927, p. 67 à 68.

232. La seule référence aux « qualités techniques » des membres de la police judiciaire permet de considérer qu’il existe une certaine gradation de la garantie qu’ils peuvent respectivement apporter justifiant la gradation des pouvoirs de contrainte constatée. Ainsi, si le pouvoir de contrainte est principalement attribué aux officiers de police judiciaire et refusé aux autres membres de la police, c’est justement en raison des « qualités techniques » attendues d’un officier de police judiciaire.

Au regard des conditions de recrutement des officiers de police judiciaire définies notamment à l’article 16 du Code de procédure pénale, ceux-ci ont en effet une formation juridique ou une expérience plus importantes que les simples agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints. Cette formation et cette expérience permettent ainsi d’attendre de leur part des garanties plus sérieuses rendant plus effective la protection de la liberté individuelle¹.

Toutefois, depuis 1995, la qualité d’officier de police judiciaire est accordée de manière de plus en plus large par le législateur comme la lecture de l’actuel article 16 du Code de procédure pénale permet de s’en convaincre. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 souligne d’ailleurs qu’initialement l’article 16 « fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d’officier de police judiciaire », mais que de multiples réformes ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l’attribution de cette qualité. Selon le Conseil, de 1993 à 2009, le nombre d’officiers de police judiciaire est passé de 25000 à 53000. Cette augmentation du nombre d’officiers de police judiciaire liée à la diminution du nombre d’instructions et au développement du traitement direct a conduit, selon le Conseil, à une banalisation de la garde à vue. Le Groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, partant du même constat, propose d’attribuer les mesures de contrainte les plus lourdes à une « catégorie d’OPJ spécialement agréés ou habilités (moins nombreux que les OPJ actuels et réservant un rôle d’importance aux commissaires de police) »².

2°/ Le juge d’instruction

¹ Sur ce point voir notamment DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998, n°372 et n°1193 ; MASSOL (V.), *La présomption d’innocence*, Thèse Toulouse I, 1996, n°268.

² Rapport du Groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale remis au Garde des Sceaux le 5 mai 2010, p. 16 et 17.

233. Sa mission. Le juge d'instruction a pour mission en vertu de l'article 81 du Code de procédure pénale d'accomplir « tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». Il doit donc rechercher tous les éléments de preuve à charge et à décharge. Par la nature même de sa mission, le juge d'instruction va ainsi être amené à réunir les preuves nécessaires au rétablissement de l'ordre public. Le juge d'instruction est saisi par le réquisitoire introductif du procureur de la République. Sauf en matière criminelle où l'instruction est obligatoire, l'intervention du juge d'instruction est soumise à une décision du procureur liée, en matière correctionnelle ou éventuellement contraventionnelle, à la nécessité d'obtenir des preuves que seul le pouvoir de contrainte renforcé du juge d'instruction¹ peut permettre de réunir. D'ailleurs, le nombre des instructions est en pratique relativement restreint. Par le réquisitoire introductif, le ministère public délègue, en quelque sorte, au juge d'instruction le pouvoir de diligenter l'enquête². Si le terme de délégation ne semble pas réellement correspondre à la réalité, tout au moins peut-on parler de collaboration des juridictions d'instruction et du ministère public quant la recherche de la manifestation de la vérité. Ainsi, il est possible au ministère public et, plus récemment, aux parties privées, notamment à la partie civile, de demander au juge d'instruction l'accomplissement d'actes leur « paraissant utiles à la manifestation de la vérité » en vertu des articles 82 et 82-1 du Code de procédure pénale. En vertu de l'article 201 du Code de procédure pénale, la Chambre de l'instruction, quant à elle, peut décider de la nécessité d'un complément d'information³, en particulier lorsqu'elle estime les preuves réunies jusque là insuffisantes, et ce soit d'office soit à la demande du ministère public ou des parties privées. Madame Rassat, dans son rapport de 1997 avait d'ailleurs proposé de créer une disposition rappelant que « les juridictions d'instruction et de jugement ont le devoir de déployer tous leurs efforts en vue de la manifestation de la vérité » et qu'elles « participent au rassemblement et à la discussion des preuves ».

234. Cette collaboration explique l'éclatement, voir l'empilement, du pouvoir de contrainte souligné précédemment. Ainsi, en cas de garde à vue, c'est le juge d'instruction et non plus le procureur de la République qui procédera à la prolongation de cette mesure à l'issue du premier délai de vingt quatre heures⁴. De même, ceci explique que le juge d'instruction puisse décider du

¹ Seul le juge d'instruction dispose de la faculté d'ordonner le placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, l'assignation à résidence d'une personne ou une écoute téléphonique.

² DECAMPS (J.), *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité Confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la CESDH*, op. cit., p. 163 et 164.

³ Crim. 27 février 1978, *Bull.* n°73 ; JCP 1979 II 19113 note Chambon (P.) ; Crim. 4 janvier 1995, *Bull.* n°1 ; Crim. 6 juin 2000, *Bull.* n°212.

⁴ Article 154 du CPP.

recours à certaines mesures de contrainte soit d’office dans de rares hypothèses soit, le plus souvent, à la demande du procureur de la République comme vu précédemment¹.

235. Ses garanties fonctionnelles. Le juge d’instruction, en vertu de l’article 81 du Code de procédure pénale, a l’obligation d’instruire en toute objectivité, puisqu’il doit instruire à charge et à décharge. Ce devoir d’objectivité est à son tour une garantie de la liberté individuelle. De plus, en tant que membre de l’autorité judiciaire, le juge d’instruction est gardien de la liberté individuelle en vertu de l’article 66 de la Constitution. Enfin, il ne faut pas oublier que les conditions de recrutement des magistrats conduisent également à imposer au juge d’instruction un certain niveau de compétence pouvant également être considéré comme un synonyme de protection de la liberté individuelle.

236. Ces dernières remarques pourraient également être faites à l’égard du ministère public, magistrat et membre de l’autorité judiciaire. Toutefois, c’est sa qualité de représentant de la Société qui permet, avant tout, de lui reconnaître un certain rôle de protection de la liberté individuelle légitimant, dès lors, son rôle récurrent en matière de contrainte.

3°/ Le ministère public

237. La mission du ministère public et son rôle dans le procès pénal sont l’objet de controverses récurrentes. Pourtant, ils permettent de légitimer son rôle en matière de contrainte.

238. La mission du ministère public : représenter la Société. S’il était traditionnel de qualifier le ministère public de représentant de l’exécutif auprès des tribunaux², il paraît plus juste de le considérer comme le représentant de la Société. En effet, historiquement, le fondement de

¹ Cf. supra n°155 et s..

² Voir notamment RASSAT (M.L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1967, n°48.

l'apparition du ministère public en tant qu'organe chargé des poursuites est le souci de rendre l'organisation de la justice impartiale par la séparation des fonctions de poursuites et de jugement¹. En outre, Messieurs Pradel et Guérin soulignent qu'avant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, aucun texte ne faisait allusion à un quelconque rôle du Garde des sceaux dans la procédure pénale. La Chambre criminelle de la Cour de cassation en 1827 lui aurait même dénié tout rôle en la matière soulignant que « c'est une erreur manifeste de prétendre que le ministre de la justice a la suprême direction de l'action publique pour la punition des crimes et des délits; cette direction est expressément confiée aux cours royales par l'article 9 du Code d'instruction criminelle [...]. En confiant ainsi à des corps indépendants la surveillance de l'action publique, en les autorisant à la mettre en mouvement, ces lois ont créé en faveur de la liberté civile une de ses plus fortes garanties »². Depuis 1959, le ministère public a expressément un lien de subordination hiérarchique avec le ministre de la justice, qui peut lui donner des instructions générales s'agissant de la politique criminelle à mettre en œuvre mais aussi lui enjoindre de poursuivre dans une affaire déterminée par instructions écrites et jointes au dossier³. Cependant, le procureur de la République bénéficie d'un pouvoir propre qui implique, notamment⁴, que lui seul peut décider de déclencher ou non l'action publique et que, si cette décision n'est pas conforme aux ordres reçus de son supérieur hiérarchique, celui-ci ne pourra pas substituer sa propre décision à celle du procureur de la République. Il est possible de se demander si ce pouvoir n'est pas quelque peu remis en cause depuis la loi du 9 mars 2003, puisque l'article 36 du Code de procédure pénale dispose que « le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes » et que, selon l'article 30 du même Code, le ministre de la justice dispose du même pouvoir à l'égard du procureur général. Mais, à l'audience l'officier du ministère public présent bénéficie d'une liberté qui paraît contraire à l'idée selon laquelle il représenterait en fait le pouvoir exécutif. En vertu de l'adage « la plume est servie mais la parole

¹ Voir sur ces points également JUNG (H.), « Le ministère public : portrait d'une institution », *Archives de politique criminelle* 1993 n°15 p. 15 à 26.

² Voir PRADEL (J.) et GUERIN (D.), « Les relations entre le ministère public et le ministre de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale », *D.* 2010 p. 660.

³ Article 30 du CPP créé par la loi du 9 mars 2004.

⁴ En vertu de ce pouvoir propre, les juridictions du fond ne peuvent pas non plus demander au ministère public des comptes sur l'exercice des poursuites : Crim. 22 novembre 1994 et 21 février 1995, *Dr. Pén.* 1995 Chr. n°28 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.). Sur cette notion de pouvoir propre voir notamment DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n°845.

est libre », il est libre de décider le sens de ses réquisitions orales qui peuvent être contraires aux instructions reçues¹.

239. La présentation traditionnelle du ministère public comme étant un représentant de l’exécutif proviendrait d’une erreur commise par les rédacteurs du Code d’instruction criminelle qui n’auraient pas tiré toutes les conséquences du texte de la Déclaration des droits de l’homme. En effet, si un représentant de l’exécutif met en œuvre le droit de poursuivre cela ne peut qu’être basé sur la souveraineté,² puisque seule celle-ci fonde l’exercice de la puissance publique, définie comme l’ensemble des pouvoirs de l’Etat et des autres personnes publiques. Toutefois, en vertu des articles 3 de la Déclaration des droits de l’homme et de la Constitution de 1958, depuis la Révolution française seule la Nation est souveraine³. Ainsi, si la conception selon laquelle le ministère public est représentant de l’exécutif était vraie sous l’Ancien Régime pendant lequel le Roi était souverain, depuis 1789 cela est partiellement erroné, le droit de poursuivre ne pouvant appartenir qu’à la Nation.

240. D’ailleurs, le ministère public exerce l’action publique, mais il n’en est pas titulaire puisqu’une fois l’action publique déclenchée il ne peut ni transiger ni se désister. Cette action appartient à la Société victime de l’infraction en raison du trouble à l’ordre public résultant de celle-ci. A ce titre, par l’amnistie et de la prescription de l’action publique, la Société manifeste sa volonté de renoncer à l’exercice de l’action publique. Représentant de la Nation, le ministère public va être chargé de mettre en œuvre la politique pénale déterminée par le gouvernement⁴, notamment en matière de prévention de la délinquance⁵, et de veiller à l’application de la loi sur

¹ En outre, en vertu de l’article 694-4 du CPP créé par la loi Perben II, le procureur de la République saisi d’une demande d’entraide internationale et qui estime que « l’exécution de cette demande est de nature à porter atteinte à l’ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation » doit transmettre la demande au procureur général qui décidera s’il y a lieu ou non de saisir le ministre de la justice afin que celui-ci informe l’autorité requérante de ce qu’il ne peut donner suite à sa demande. L’appréciation du ministère public s’impose donc au ministre de la justice ce qui paraît contradictoire avec l’idée selon laquelle le ministère public ne serait qu’un représentant du gouvernement. Pour une étude plus détaillée du pouvoir propre du ministère public et de l’adage selon lequel « la plume est servie mais la parole est libre » voir notamment RASSAT (M.L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir, op. cit.*, n°144 à 156 et n°187 à 192 ; ROLLAND (M.), « Le Ministère public en droit français (le rôle du Ministère public) », *JCP* 1956 I 1281 ; ROLLAND (M.), « Le ministère public en droit français », *JCP* 1965 I 1271.

² Voir notamment RASSAT (M.L.), *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, n°189.

³ Voir DUGUIT (L.), *Leçon de droit public général faites à la faculté de droit de l’Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, édition La mémoire du droit, 2000. En particulier pour un exposé des différentes doctrines sur le titulaire de la souveraineté et une critique de l’idée selon laquelle la Nation est souveraine voir p. 120 à 138.

⁴ Article 30 du CPP.

⁵ Voir sur ce point JEOL (M.), « Le parquet entre le glaive et la balance », *Justices* Janvier / Juin 1996 p. 69 à 73.

l'ensemble du territoire¹ par la sanction des auteurs d'infractions². Par l'exercice des poursuites³, le ministère public va contester la conformité du comportement de l'individu mis en cause aux valeurs considérées comme essentielles au maintien de la Société⁴ constituant l'ordre public⁵. Pour reprendre les termes du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le ministère public est « l'autorité chargée de veiller, au nom de la Société et dans l'intérêt général, à l'application de la loi lorsqu'elle est pénalement sanctionnée, en tenant compte, d'une part, des droits des individus et, d'autre part, de la nécessaire efficacité du système de justice pénale »⁶. Apparaît alors le verso de la mission du ministère public en tant que représentant de la Société. Le ministère public représente la Société et à ce titre est également garant des droits des individus⁷. Le ministère public est ainsi chargé non seulement de la protection de la Société mais également de la protection de la liberté individuelle.

¹ Article 35 du CPP dans sa rédaction issue de la loi Perben II ; Crim. 5 mars 1970 Arrêt Descorps-Declère, *JCP* 1970 II 16556 note RASSAT (M.L.) ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°6.

² Cette dernière mission est d'ailleurs qualifiée de « rôle premier » du ministère public par la circulaire du 1^{er} mars 1993 et de « noyau dur » des attributions du ministère public par la Recommandation 2000 (19) du Conseil de l'Europe, Editions du Conseil de l'Europe, 2001.

³ C'est-à-dire l'ensemble des actes « faits en justice par les personnes que la loi autorise et dont le but est de parvenir à constater un délit et à en faire punir l'auteur » : Crim. 29 mars 1856, *D.P.* 1856 1 269. Voir pour une étude plus détaillée RASSAT (M.L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n°115.

⁴ Cette conception du procès pénal comme permettant le maintien de l'ordre établi est d'ailleurs à l'origine de la codification du droit pénal. Sur ce point voir notamment : SALAS (D.), *Du procès pénal Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 65 notamment ; CARUYVELS (Y.), *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, éd. Les presses de l'Université de Montréal, Les presses de l'Université d'Ottawa, et De Boeck Université, 1996, 404 pages ; LASCOURMES (P.), PONCELA (P.) et LENOËL (P.), *Au nom de l'ordre Une histoire politique du code pénal*, éd. Hachette, 1989, 404 pages ; PINATEL (J.), « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972 p. 664 à 669.

⁵ Pour de plus amples développements sur la notion d'ordre public et sa définition difficile voir notamment : PLANTEY (A.), « Définition et principes de l'ordre public », in sous la direction de POLIN (R.), *L'ordre public*, Académie des sciences morales et politiques, Fondation Singer-Polignac, Actes du colloque tenu à Paris les 22 et 23 mars 1995, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 27 à 45 ; BUISSON (J.), *L'acte de police*, Thèse Lyon III 1988, p. 499 à 501 ; CAZE (N.), *L'ordre public pénal Essai sur la dimension substantielle de la notion*, Thèse Lyon III 2003, n°212 à 238 ; MAYAUD (Y.), « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983 p. 597 à 621 ; DARGENTAS (E.), « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Rev. pénit.* 1977 p. 411 à 421 ; RIPPÉRT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n°128 ; PINATEL (J.), « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972 p. 664 à 669 ; DE BECHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997, p. 63 à 64, p. 85 et p. 171 notamment ; VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public Etude de droit comparé interne*, PUF, Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 42 à 45.

⁶ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, recommandation Rec (2000) 19 adoptée le 6 octobre 2000 relative au rôle du ministère public dans le système de justice pénale, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 6. Voir aussi l'exposé des motifs de cette recommandation : « Agissant, non au nom d'un autre pouvoir, qu'il soit politique ou économique, ni en son nom propre, mais en celui de la société, le ministère public doit être guidé, dans l'exercice de ses missions par le souci de l'intérêt général », *ibid.*, p. 21.

⁷ Ceci l'oblige à une certaine impartialité dans la recherche de la vérité. La Recommandation 2000 (19) du Conseil de l'Europe a, d'ailleurs, souligné que le ministère public doit prendre en considération « tous les éléments de l'affaire susceptibles de présenter un intérêt, que ces éléments jouent en faveur ou au détriment du suspect ». Voir ROBERT (M.), « La Recommandation 2000 (19) du Conseil de l'Europe sur les principes directeurs pour les ministères publics d'Europe », *RSC* 2002 p. 47 à 58.

241. Ce double corollaire de sa qualité de représentant de la Société justifie son rôle récurrent en matière de contrainte. L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit d’ailleurs d’insérer dans les dispositions générales du futur Code un article 111-3 selon lequel « les investigations et débats menés par les magistrats du siège et les magistrats du parquet doivent permettre la manifestation de la vérité. Ils sont conduits à charge et à décharge ». L’idée selon laquelle le ministère public en tant que représentant de la Société est chargé de la protection à la fois de l’ordre public et de la liberté individuelle se retrouve.

242. Son rôle au cours du procès pénal : un demandeur particulier. Garraud estimait en 1907 que « le ministère public agit toujours par voie d’action en matière répressive ; on dit, par suite, qu’il est partie principale dans le procès pénal, pour exprimer qu’il joue, dans le procès, le rôle de demandeur »¹. Aujourd’hui encore, de très nombreux auteurs continuent de qualifier le ministère public de partie² principale au procès pénal et même de demandeur³. En revanche, d’autres auteurs refusent d’assimiler le ministère public à un demandeur⁴.

243. Le demandeur à un procès peut être défini comme étant « celui qui a pris l’initiative d’un procès », et, dans une acception plus technique, comme « celui qui formule en justice une prétention soit au début soit au cours du procès »⁵.

Pour qu’une demande en justice soit recevable, il faut que la personne qui la formule ait un intérêt à agir. En matière pénale, la commission d’une infraction constitue cet intérêt à agir. Le ministère public, comme tout demandeur, apprécie ainsi l’intérêt qu’il a à déclencher l’action publique⁶. Cela

¹ GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome I, Librairie de la Société du recueil Sirey, 1907, n°90.

² La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 février 1960, a estimé que l’expression « des parties » dans le procès-verbal des débats « vise toutes les parties au procès, y compris le Ministère public ». Crim. 3 février 1960, *Bull.* n°61.

³ Voir entre autres PRADEL (J.), *Procédure pénale*, éditions Cujas, coll. Référence, 15^e édition, 2010, n°164 ; BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 22^e édition, 2010, n°179 à 181.

⁴ Voir notamment FOROUTANI (D.), *Le fardeau de la preuve en matière pénale Essai d’une théorie générale*, Thèse Paris II, 1977, n°68 et 69.

⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, PUF, 8^e édition mise à jour, 2007. Voir pour une tentative de définition de la notion de partie et notamment de partie demanderesse au procès civil BUSSY (F.), « La notion de partie à l’instance en procédure civile », *D.* 2003 Chr. p. 1376 à 1379.

⁶ En vertu du système français de l’opportunité des poursuites le déclenchement des poursuites paraît faire l’objet d’une véritable « appréciation circonstancielle » en fonction, par exemple, de la gravité du préjudice subi. Cette dernière peut conduire le ministère public à privilégier une procédure dite de troisième voie si elle s’avère peu

renvoie à l'origine historique du ministère public. En effet, il semblerait que le ministère public français se soit développé à différentes périodes de l'histoire de la justice où de nombreuses règles dissuadaient la victime d'agir devant les juridictions pénales, le ministère public suppléant ainsi la victime négligente. Le ministère public et la victime viennent ainsi, en quelque sorte, se compléter pour éviter qu'une infraction ne reste impunie. Cette idée se retrouve plus récemment avec l'instauration d'un recours hiérarchique contre les décisions de classement sans suite du procureur de la République par toute personne ayant dénoncé des faits au procureur¹. « A l'instar de la victime, le parquet alimente la machine judiciaire en matière première : il est d'emblée, par définition – et non *a posteriori* –, partie au procès pénal »². D'ailleurs, l'article 121-2 de l'avant-

importante ou même un classement sans suite. La volonté des rédacteurs du Code d'instruction criminelle était manifestement de refuser tout pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité des poursuites, le pouvoir napoléonien souhaitant un ministère public « fort et implacable, adversaire résolu du crime et infaillible pourvoyeur de suspects ». Cependant, dès 1817 une circulaire du ministère de la justice a prescrit au ministère public « de ne poursuivre, sur les plaintes qui lui sont faites, que lorsque le délit intéresse essentiellement l'ordre public, sauf, dans le cas contraire, et quand le délit ne blesse que des intérêts privés, à renvoyer le plaignant à se pourvoir lui-même comme partie ». Le 8 décembre 1826, la Cour de cassation a consacré le principe de l'opportunité des poursuites, qui depuis n'a pas été remis en cause. Ce système est toutefois contesté. Par une décision de classement sans suite, le ministère public va statuer « sur la gravité juridique, sociale et morale de l'acte qui lui est soumis et dont il soustrait l'auteur à la justice », alors que cette faculté relève plus de la mission du juge qui est d'apprécier la culpabilité d'une personne en application de la loi pénale que de celle du ministère public qui est de défendre l'intérêt de la Société en requérant l'application de la loi. Sur ce point voir RASSAT (M.L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n°300. En revanche, pour des raisons, semble-t-il, historiques, le droit allemand reste attaché au système de légalité des poursuites, même si de nombreuses réformes ont tempéré cette obligation pour le procureur de poursuivre. Le système de l'opportunité a, en effet, permis un certain nombre des dérives du nazisme. Voir sur ce point MATHIAS (E.), *Les procureurs du droit De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS éditions, 1999 ; VINCENT-LEGOUX (M.C.), *L'ordre public Etude de droit comparé interne*, *op. cit.*, p. 56.

¹ L'article 40-3 du CPP instauré par la loi Perben II dispose « toute personne ayant dénoncé des faits au procureur de la République peut former un recours auprès du procureur général contre la décision de classement sans suite prise à la suite de cette dénonciation ». En vertu de l'article 36 du CPP, le procureur général peut enjoindre au procureur de la République de poursuivre. Un recours contre une décision de classement sans suite peut donc avoir pour conséquence d'obliger le procureur de la République à déclencher l'action publique, limitant ainsi un peu plus le principe de l'opportunité des poursuites. Cette possibilité de recours permet à la France de mettre en application la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 6 octobre 2000 indiquant que « les parties intéressées à l'affaire, lorsqu'elles sont reconnues telles ou identifiables, en particuliers les victimes, doivent avoir la possibilité de contester la décision prise par le ministère public de ne pas engager de poursuites ; une telle contestation peut se faire, le cas échéant après contrôle hiérarchique, soit dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, soit en autorisant les parties à mettre en œuvre elles-mêmes les poursuites ». Avec la loi Perben II le législateur français a donc opté pour un recours hiérarchique, ce dernier s'ajoutant à la possibilité pour la victime d'obliger le ministère public à poursuivre en se constituant partie civile. Certes, il ne s'agit pas réellement d'un contrôle juridictionnel, mais ce dernier supposerait que la décision de classement sans suite soit qualifiée de décision juridictionnelle, ce qui n'est pas le cas en droit français. Toutefois, la recommandation du Conseil de l'Europe n'a qu'une valeur indicative pour les Etats. Aussi, le législateur national peut-il parfaitement décider d'instituer une autre voie que celle indiquée par le Conseil dès lors que cela permet d'atteindre le même but, en l'occurrence de permettre à la victime d'avoir des moyens de « contourner » la décision de classement sans suite.

² Voir pour l'ensemble de ces développements MATHIAS (E.), *Les procureurs du droit De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, *op. cit.* ; ainsi que sous la direction de BRUSCHI (C.), *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, PUF, coll. Droit et justice, 2002, plus particulièrement « Naissance et émergence du parquet contemporain et émergence d'une politique pénale », p. 69 à 120. Sur l'historique de l'apparition du ministère public, et notamment sur la volonté de séparer les fonctions de poursuite et de jugement voir sous la direction de CARBASSE (J. M.), *Histoire du parquet*, PUF, coll. Droit et justice, 2000, et plus particulièrement LEYTE (G.), « Les origines médiévales du ministère public », p. 23 à 54 ; RASSAT (M.L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, 1967.

projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit que « l’action pénale [qui remplace l’action publique] est l’action en justice exercée, dans l’intérêt de la Société, au cours de la procédure pénale, afin d’obtenir la déclaration de culpabilité et la sanction d’une personne physique ou morale pénalement responsable d’un crime, d’un délit ou d’une contravention ». Reprenant les dispositions de l’article 1 du Code de procédure pénale actuel, l’article 121-2 de l’avant-projet précise que « l’action pénale est mise en mouvement et exercée par les magistrats auxquels elle est confiée par la loi », en l’occurrence les membres du ministère public.

244. En tant que demandeur, le rôle du ministère public sera de « soutenir l’accusation »¹. Sa qualité de demandeur lui octroyant les droits et les garanties d’une partie au procès, le ministère public pourra ainsi, au même titre que les parties privées que sont la victime constituée partie civile et le mis en examen², en application du principe de l’égalité des armes³, faire des demandes d’actes au cours de l’instruction⁴, obtenir communication de la procédure et exercer des recours contre les décisions de justice, et ce même si l’action publique est déclenchée indirectement par la partie civile⁵, puisque même dans ce cas seul le ministère public exerce l’action publique⁶. Les mesures de contrainte sont, comme souligné précédemment⁷ des actes d’administration de la preuve ou facilitent la recherche de la preuve. Dès lors, ce rôle légitime son intervention récurrente en matière de contrainte que ce soit à titre d’initiation de la contrainte ou de contrôle de celle-ci.

245. Ainsi, le rôle et les garanties fonctionnelles de chacune de ces autorités dans la manifestation de la vérité légitiment l’attribution du pouvoir de contrainte. L’éclatement et l’empilement des compétences en la matière n’est que le reflet de l’éclatement et de l’empilement des compétences en matière de recherche de la vérité. L’attribution de la contrainte probatoire semble ainsi également bien régie par un principe de légitimité substantielle même si celui-ci reste implicite. Toutefois, depuis le début des années 1980, une certaine crise de confiance envers le

¹ RASSAT (M.L.), *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, n°25.

² Article 82-1 du CPP.

³ CEDH 27 octobre 1993, *Dombo Beheer contre Pays-Bas*, Requête n° 14448/88.

⁴ Article 82 du CPP.

⁵ Sur ce point voir BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 6^e édition, 2010, n°1549.

⁶ Cela résulte actuellement de l’article 1 du CPP. L’action pénale n’est que mise en mouvement par la personne qui exerce l’action civile selon l’article 121-2 de l’avant-projet de CPP du 1^{er} mars 2010.

⁷ Cf supra n°192 et s..

pouvoir administratif a conduit à l'apparition de nouveaux corollaires de la légitimité substantielle. Cette évolution est source de critiques récurrentes.

B- La légitimité substantielle, source de critiques récurrentes

246. La crise de confiance envers les autorités administratives marquant ces trente dernières années a conduit à l'apparition de nouveaux corollaires de la légitimité substantielle. Ainsi, l'indépendance ne suffit plus à assurer la légitimité substantielle d'un pouvoir. Il faut également que l'autorité soit impartiale¹. Tant l'indépendance que l'impartialité du ministère public (1°) et des magistrats du siège titulaires de la contrainte (2°) sont d'ailleurs discutées.

1°/ Le ministère public

247. Si le droit interne inclut sans conteste le parquet parmi les membres de l'autorité judiciaire², la question se pose de savoir si l'intervention du procureur de la République lors de la décision de recours à la contrainte est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme.

248. L'impartialité du procureur de la République. Madame Rassat avait proposé dans son rapport de 1997 de confier le pouvoir de décider du placement en garde à vue au procureur de la

¹ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 150 à 154. Pour cet auteur, la légitimité d'impartialité serait une nouvelle catégorie de légitimité venant se substituer à la légitimité substantielle. Pour notre part, nous considérons qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un nouveau type de légitimité. En effet, l'impartialité participe également du respect des valeurs fondamentales d'une Société. Elle est donc l'un des corollaires de la légitimité substantielle.

² Cons. Const. Décision n°93-323 DC du 5 août 1993 Loi relative aux contrôles et vérification d'identité; Cons. Const. Décision n°93-326 DC du 11 août 1993 Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale ; Cons. Const. Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010.

République. En effet, selon elle, « s’il est souhaitable qu’une garde à vue effectuées par un policier ne puisse être prolongée que par un magistrat, la garantie qu’offre dès l’origine et *de plano* celui-ci doit lui permettre sans inconvénient et sous la seule condition d’un document motivé, de prolonger lui-même une garde à vue qu’il aurait décidée. Il est permis de penser qu’une garde à vue conduite par un magistrat est en toute hypothèse moins suspecte que celle menée par un policier »¹. Cette réforme n’a pas été adoptée. Certes, il ne s’agit que de privations de liberté de courte durée, de moins de vingt-quatre heures, dont le procureur de la République doit être informé et qu’il contrôle. De plus, la décision de mise en œuvre de cette mesure doit, le plus souvent, être prise dans une certaine urgence. Toutefois, la mise en place de procédures permettant aux services de police d’obtenir rapidement les décisions du ministère public, tels que les services de traitement direct, peut conduire à s’interroger sur l’opportunité de cette décision purement policière. Une protection effective de la liberté individuelle suppose en effet que toute privation de liberté, même de courte durée, soit décidée par un membre de l’autorité judiciaire. Un simple contrôle par l’autorité judiciaire paraît insuffisant s’agissant d’une privation de liberté quelle que soit sa durée.

249. Toutefois, l’article 5 de la Convention européenne des droits de l’homme ne va pas aussi loin. En effet, il exige simplement que la personne arrêtée ou détenue soit présentée aussitôt à « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » et chargé, selon la Cour de « se pencher sur le bien-fondé de la détention » et de libérer la personne s’il estime que sa détention n’est pas justifiée². Il apparaît clairement à la lecture de cet article que les auteurs de la Convention européenne des droits de l’homme ont estimé que pouvait contrôler les arrestations et les détentions aussi bien un juge au sens strict, c’est-à-dire un magistrat du siège exerçant des fonctions juridictionnelles tels que le juge d’instruction, le juge des libertés et de la détention ou la Chambre de l’instruction, qu’un autre magistrat dès lors qu’il exerce des fonctions judiciaires. Pour la Cour européenne des droits de l’homme un procureur exerce bien des fonctions judiciaires et peut donc être considéré comme étant compétent pour contrôler les mesures d’arrestation et de détention au sens de l’article 5§3³. Cependant, la Cour européenne des droits de l’homme a dans le même arrêt posé certaines conditions afin d’entourer ce contrôle

¹ RASSAT (M.L.), *Rapport Propositions de réformes du Code de procédure pénale*, janvier 1997, p. 135 et 136.

² Notamment CEDH 3 juin 2003, Pantea contre Roumanie, Requête n° 33343/96, §231.

³ CEDH 4 décembre 1979, Schiesser contre Suisse, Requête n° 7710/76, §25 à 38.

d'un maximum de garanties. Ainsi, elle exige que ce magistrat entende l'individu arrêté ou détenu, ait le pouvoir de le libérer, et surtout, que le magistrat soit indépendant et impartial.

Si dans un premier temps, en particulier dans cet arrêt, elle a apprécié l'impartialité *in concreto* au regard des circonstances de chaque affaire, elle a par la suite retenu une appréciation *in abstracto*. Désormais, selon une formule traditionnelle, « la Cour rappelle que le magistrat dont il est question à l'article 5§3 a pour rôle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant, et en l'absence, d'ordonner l'élargissement. Pour être réputé exercer des fonctions judiciaires au sens de cette disposition, un magistrat doit remplir certaines conditions constituant autant de garanties pour la personne détenue qu'elle ne subira pas de privation de liberté arbitraire ou injustifiée. A cet égard, les apparences objectives à l'époque de la décision sur la détention sont pertinentes : s'il apparaît à ce stade que le magistrat peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante, son indépendance et son impartialité peuvent paraître sujettes à caution »¹. Désormais, dès lors que le magistrat en question a le pouvoir d'exercer des poursuites à l'encontre de la personne arrêtée ou détenue, la garantie d'impartialité sera considérée comme non respectée². Ainsi, dans l'arrêt Huber du 23 octobre 1990 la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'un procureur de district suisse ne peut être considéré comme un magistrat pouvant contrôler les arrestations et les détentions au sens de l'article 5§3 puisqu'il instruit à charge et décharge mais surtout détient un pouvoir de poursuite³. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a longtemps estimé que « les dispositions de l'article 77 du Code de procédure pénale, relatives à la garde à vue, qui ont pour objet le maintien à la disposition des enquêteurs de toute personne dont la présence ou l'audition est nécessaire à leurs investigations ne sont pas incompatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et même plus précisément que « possède [la qualité de magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires] le procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire dont la mission est de veiller à l'application de la loi »⁴. Pourtant, cette solution paraît peu conforme à la jurisprudence européenne. En effet, le procureur de la République détient le pouvoir de poursuite. A ce titre, il ne peut être considéré comme impartial.

¹ CEDH 25 mars 1999, Nikolova contre Bulgarie, Requête n° 31195/96, §49 ; CEDH 4 juillet 2000, Niedbala contre Pologne, Requête n° 27915/95, §48 et 49 ; CEDH 3 juin 2003, Pantea contre Roumanie, Requête n° 33343/96, §236 et 237 ; CEDH 8 juillet 2004, Vachev contre Bulgarie, Requête n° 42987/98.

² CEDH 22 mai 1984, De Jong, Baljet et Van der Brink contre Pays-Bas, Requêtes n° 8805/79, 8806/79 et 9242/81.

³ CEDH 23 octobre 1990, Huber contre Suisse, Requête n° 12794/87, §20 à 33 et §37 à 40. Voir également confirmant une telle solution CEDH 4 juillet 2000, Niedbala contre Pologne, Requête n° 27915/95, § 48 et 49 ; et CEDH 3 juin 2003, Pantea contre Roumanie, Requête n°33343/96, §239.

⁴ Crim. 28 janvier 1992, *Bull.* n°32 ; Crim. 10 mars 1992, *Bull.* n°105.

Ceci explique l’évolution partielle de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en la matière.

250. L’indépendance du procureur de la République. Dans un arrêt du 10 juillet 2008, la Cour européenne des droits de l’homme a considéré expressément que le procureur de la République français ne constitue pas une autorité judiciaire au sens de l’article 5 en raison principalement de son absence d’indépendance à l’égard du pouvoir exécutif. En effet, elle considère que « le magistrat [au sens de l’article 5] doit présenter les garanties requises d’indépendance à l’égard de l’exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu’il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l’instar du ministère public, et il doit avoir le pouvoir d’ordonner l’élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l’arrestation et de la détention »¹. La Cour européenne des droits de l’homme fait ainsi implicitement référence à la légitimité substantielle de l’attribution de la contrainte. En effet, l’indépendance des magistrats leur permet d’assurer pleinement leur rôle de représentant de la Nation et de rechercher sereinement l’intérêt général². Si ce rôle est dévolu au ministère public en tant que représentant de la Société, il ne peut pleinement l’exercer du fait de l’absence d’indépendance totale à l’égard de l’exécutif. Certes, dans cette affaire, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme n’a pas, par la suite, repris cette condamnation expresse du procureur de la République français. Toutefois, il semble que la Grande Chambre ne se soit pas prononcée sur ce point puisque le gouvernement français a, devant elle, prouvé l’intervention d’un juge d’instruction³. Elle s’est contentée cette fois-ci de souligner les qualités que doit présenter le magistrat contrôlant les mesures privatives de liberté. En particulier, la Cour européenne des droits de l’homme a rappelé que ce magistrat ne peut par la suite agir dans la procédure pénale « à l’instar du ministère public ».

Cependant, cette décision, comme cela était prévisible, n’a constitué qu’un simple sursis pour le ministère public français. En effet, le 23 novembre 2010, dans l’affaire *Moulin contre France*, la

¹ CEDH 10 juillet 2008, *Medvedyev contre France*, Requête n°3394/03, *AJ pén.* 2008 p. 469 note SAAS (C.) ; RENUCCI (J.F.), « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l’homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.* 2009 p. 600 ; LAVRIC (S.), « Statu quo pour le parquet », *D.* 2009 p. 801.

² Sur ce point voir ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 144.

³ CEDH 29 mars 2010, *Medvedyev contre France*, Requête n°3394/03 ; THIERRY (J.B.), « L’arrêt *Medvedyev c/ France* du 29 mars 2010 : juge d’instruction : 1 – Parquet : 0 », *Dr. Pén.* 2010 étude n°12 ; RENUCCI (J.F.), « L’affaire *Medvedyev* devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d’un arrêt important », *D.* 2010 p. 1386 ; HENNION-JACQUET (P.), « L’arrêt *Medvedyev* : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *D.* 2010 p. 1390.

Cour européenne des droits de l'homme, après avoir étudié en détail le statut du procureur adjoint, a estimé que « du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3 ». Elle conclut en conséquence à la violation de l'article 5§3¹.

251. La situation actuelle du procureur de la République français ne peut dès lors perdurer bien que le Conseil constitutionnel ait de nouveau le 30 juillet 2010 affirmé que le Parquet était membre de l'autorité judiciaire et que son rôle en matière de garde à vue était conforme à l'article 66 de la Constitution². Pourtant, la loi du 14 avril 2011³ réaffirme de manière expresse le principe du contrôle du procureur de la République sur cette mesure. Il est précisé que « ce magistrat apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits ». Il est également indiqué que « ce magistrat assure la sauvegarde des droits reconnus par la loi à la personne gardée à vue et qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant lui ou remise en liberté »⁴.

252. Plus précisément, selon la loi du 14 avril 2011⁵, la garde à vue de droit commun reste soumise au contrôle du procureur de la République. En revanche, les gardes à vue exceptionnelles sont contrôlées par le juge des libertés et de la détention. Cela est conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le 17 décembre 2010, le Conseil a, en effet, réaffirmé le principe, fondé sur l'article 66 de la Constitution, selon lequel si le procureur de la République peut priver une personne de sa liberté, seul un magistrat du siège présente les garanties suffisantes pour permettre une privation de liberté se prolongeant au-delà d'un certain seuil⁶. Jusque là

¹ CEDH 23 novembre 2010, Moulin contre France, Requête n°37104/06. Voir notamment RENUCCI (J.F.), « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *D.* 2011 p. 277 ; PRADEL (J.), « Quels magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 338 à 343 ; *Procédures* 2011 Comm. n°30 note CHAVENT-LECLERE (A.S.) ; FOURMENT (F.), « Après l'affaire Moulin (CEDH, 5^e sect., 23 novembre 2010), encore du grain à moudre », *D.* 2011 p. 26.

² Cons. Const. Décision n°2010-14/22QPC du 30 juillet 2010.

³ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

⁴ Article 62-3 du CPP dans sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011.

⁵ Préc..

⁶ Cons. Const. Décision n°2010-80 QPC du 17 décembre 2010. Voir déjà en ce sens Cons. Const. Décision n°80-127 DC du 20 janvier 1981 ; Cons. Const. Décision n°93-326 DC du 11 août 1993 ; Cons. Const. Décision n°2010-14/22QPC du 30 juillet 2010.

réservé à la garde à vue, ce principe est, par cette décision, implicitement étendu à toute privation de liberté avant jugement. Le Conseil fixe un seuil mathématique de quarante-huit heures à l’intervention des magistrats du siège. Par définition, il ne détermine pas le magistrat compétent. Toutefois, en l’absence d’ouverture d’une instruction, le magistrat le plus habilité semble être le juge des libertés et de la détention. Cette gradation des compétences entre magistrat du parquet et magistrat du siège renvoie, même si le Conseil constitutionnel n’y fait pas référence, à la légitimité substantielle des mesures de contrainte. Plus ces dernières sont graves, plus leur légitimité doit être assurée au-delà de tout soupçon d’arbitraire. L’absence d’indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet impose ainsi l’intervention d’un magistrat du siège pour les privations de liberté au-delà de quarante-huit heures. Si cette réserve du Conseil constitutionnel ne peut qu’être approuvée dans un souci de protection de la liberté individuelle, le Conseil reste, toutefois, en retrait par rapport à la Cour européenne des droits de l’homme. Il est donc possible de s’interroger sur la conformité réelle de la loi du 14 avril 2011¹ à la Convention européenne des droits de l’homme sur ce point. D’ailleurs, la Cour de cassation, malgré quelques hésitations, adopte désormais le raisonnement de la Cour européenne des droits de l’homme. Ainsi, à plusieurs reprises, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « le ministère public n’est pas une autorité judiciaire au sens de l’article 5§3 de la Convention européenne des droits de l’homme car il ne présente pas les garanties d’indépendance et d’impartialité requises par ce texte et qu’il est partie poursuivante »². Une opposition entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel apparaît donc. Le statut actuel du ministère public, ou tout du moins son rôle en matière de contrainte, est, dès lors, bien destiné à être réformé à plus ou moins brève échéance³, même si la Cour de cassation dans ces affaires a refusé, malgré tout, d’annuler les gardes à vues contestées le ministère public n’étant pas intervenu en raison de leur brièveté.

2°/ Les magistrats du siège titulaires de la contrainte

253. L’impartialité du juge d’instruction et l’indépendance du juge des libertés et de la détention posent certaines interrogations.

¹ Préc..

² Crim. 15 décembre 2010, pourvoi n°10-83.674, *Procédures* 2011 Comm. n°67 note CHAVENT-LECLERE (A.S.) ; Crim. 18 janvier 2011, pourvoi n°10-84.980, *RSC* 2011 Chr. GIUDICELLI (A.) p. 139, *Procédures* 2011 Comm. n°114 obs. BUISSON (J.) ; *AJ pén.* 2011 p. 198 obs. ASCENSI (L.).

³ Sur la question d’une réforme du statut du ministère public voir *AJ pén.* 2011 Dossier p. 105 à 128.

254. L'impartialité du juge d'instruction. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le juge d'instruction bulgare, dont le rôle est proche de celui du juge d'instruction français, est partial¹. De même, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt de 2001, a souligné qu'en Suisse, c'est le juge d'instruction qui, dans sa décision finale, résume les faits et en indique la qualification juridique, à partir de quoi le tribunal de district conduit son procès. En tant que telle, la décision contient des éléments importants d'un acte d'inculpation et de fait en remplira le rôle. Dès lors, la cour constate que, au moment où le juge d'instruction a décidé de l'arrestation et de la mise en détention du requérant, il est apparu que si l'affaire était déférée au tribunal de district, le juge qui avait ordonné la détention préventive pourrait intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante. La Cour conclut alors à la violation de l'article 5§3, le juge d'instruction ne constituant pas un « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »².

255. Il est vrai que dans l'affaire Medvedyev, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le juge d'instruction français correspondait aux exigences de l'article 5§3³. Cependant, le juge d'instruction renvoyant l'affaire devant les juridictions de jugement, la conformité des dispositions françaises à la Convention européenne paraît douteuse. Si le juge d'instruction français⁴ ne reçoit pas d'instruction de l'exécutif, ne décide pas de la poursuite et n'est pas partie au procès contrairement au procureur de la République, le fait qu'il ait à la fois un rôle d'enquêteur et de juge peut faire douter de son impartialité. En effet, en vertu de l'article 81 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction procède « à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité » et les articles 145 et suivants notamment lui confèrent des pouvoirs juridictionnels. De plus, il décide du renvoi ou non devant une juridiction de jugement. Dans son rapport de 1997, Madame Rassat a estimé qu'une telle critique est « presque totalement fau[sse] ». Selon elle, « l'essentiel du rôle du juge d'instruction réside donc dans son devoir d'investigation : il n'y a pas d'instruction sans recherches, il peut y en

¹ CEDH 25 mars 1999, Nikolova contre Bulgarie, Requête n°31195/96.

² CEDH 5 avril 2001, H.B. contre Suisse, §61 à 64, Requête n°26899/95.

³ CEDH 29 mars 2010, Medvedyev contre France, Requête n°3394/03 ; SUDRE (F.), « La Cour européenne joue à cache-cache avec le parquet », *JCP* 2010 398 ; REBUT (D.), « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010 p. 970.

⁴ Sur cette question voir notamment TRUCHE (P.), « Il n'est pas sain d'instruire et de juger en même temps », *Le Figaro* du 28 juin 1999 ; GUIBERT (S.), *La détention provisoire au cours de l'instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, Editions Septentrion, coll. Thèse à la carte, 2000, p. 18 et 19.

avoir sans contrainte et avec un minimum d’usage de pouvoirs juridictionnels. [...] Le juge d’instruction n’est donc pas un être foncièrement hybride, c’est un enquêteur qui a parfois besoin de recourir à des actes juridictionnels pour rendre efficaces ses pouvoirs d’investigation»¹. Pourtant, dans toutes les hypothèses intéressant cette étude, il y a bien cumul des fonctions d’investigation et juridictionnelles. Il est ainsi possible de s’interroger sur l’intervention du juge d’instruction en cas de décision de recours à une mesure de contrainte au regard de la Convention européenne.

256. L’impartialité du juge des libertés et de la détention. Cette institution a été largement critiquée tant lors des travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2000² que plus récemment avec l’affaire dite d’Outreau.

Lors des travaux parlementaires préparatoires de la loi du 15 juin 2000, certains, reprenant des critiques classiques, soulignaient qu’une telle institution alourdirait le système procédural, qu’il existait un risque de « complicité entre le juge d’instruction et le juge de la détention » en particulier en raison de l’absence de réelle connaissance du dossier par ce dernier³, ou que cela constituerait une « atteinte à la présomption d’innocence si l’on songe que, avec le maintien du référé-liberté, et en cas d’échec de ce référé, la détention aura été le fruit de trois décisions juridictionnelles »⁴. De manière plus novatrice, certains auteurs avaient dénoncé le risque que les juges désignés pour tenir ce poste soient des juges civils et non des juges spécialisés en matière pénale⁵.

Si les critiques semblaient s’être peu à peu atténuées, l’affaire dite d’Outreau a soulevé de nouveau la question de la personne compétente pour ordonner le placement en détention provisoire, certains ayant mis en doute la réelle efficacité et l’indépendance du juge des libertés et de la détention au regard du juge d’instruction, remettant dès lors en cause son impartialité. D’ailleurs, bien que globalement positif, le rapport rendu par Madame Lazerges le 20 décembre 2001

¹ RASSAT (M.L.), *Rapport Propositions de réformes du Code de procédure pénale*, janvier 1997, p. 166 et 167.

² Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes.

³ Voir *Rapport n°2916*, Assemblée Nationale, 1996, p. 64 ; KRIEG (J.F.), *Gaz. Pal.* 1998 1^{er} sem. Libres propos p. 686 ; RENAUT (M.H.), « Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code Napoléon ? », *Dr. Pén.* 1999 Chr n°26 ; TAORMINA (G.), « Réflexions sur la détention provisoire des majeurs », *Rev. Pénit.* 2001 p. 64 à 100.

⁴ Voir notamment PRADEL (J.), « La procédure pénale française à l’aube du troisième millénaire », *D.* 2000 Chr. p. 1 à 9 ; PRADEL (J.), « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2000 Point de vue n°26 p. V et VI.

⁵ DORSNER-DOLIVET (A.), « Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 », *Dr. Pén.* 2000 Chr. n°39. Sur cette possibilité de désigner des juges de droit civil voir Circulaire du 20 décembre 2000 relative à la loi du 15 juin 2000.

soulignait que « dans neuf cas sur dix, le JLD se conforme à l'avis du juge d'instruction. Il semble toutefois, comme l'a relevé l'inspection des services judiciaires, que le taux de décisions non conformes par rapport aux demandes des juges d'instruction est plus important lors du placement en détention que lors de la prolongation de cette mesure. Ce taux est quasiment nul pour les rejets de demande de mise en liberté »¹. Il est possible de se demander si cela ne vient pas du fait que ce juge n'intervient au final que de manière fort restrictive et n'a pas une réelle maîtrise du dossier. Un meilleur respect de la liberté individuelle par le biais de la légitimité substantielle de l'attribution de la contrainte implique dès lors de s'interroger sur une refonte de la mission du JLD.

257. Ces différentes critiques à l'égard du ministère public, du juge d'instruction² et du juge des libertés et de la détention amènent à étudier le droit prospectif afin de voir comment ces nouveaux corollaires de la légitimité substantielle orientent les réflexions relatives à une nouvelle répartition des titres de contrainte

§2- Le droit prospectif conséquence d'une attribution légitime

258. Depuis le début du vingtième siècle, il a été régulièrement proposé de modifier les membres de l'autorité judiciaire titulaires de certaines mesures de contrainte afin d'assurer une plus grande légitimité de l'attribution de ces mesures. Les différents systèmes proposés semblent pouvoir être regroupés autour de deux lignes directrices, à savoir la collégialité de la décision de recours à la contrainte (A) et la séparation des fonctions d'enquête et de décision en matière de contrainte (B).

¹ *Rapport enregistré à l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001 sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* présenté par Mme LAZERGES (C.). Voir également sur ce point DRAY (J.), *Rapport pour le Premier Ministre Evaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, 19 décembre 2001, p. 39 et 40.

² Voir notamment BAILLET (F.), « Le juge d'instruction: une institution en sursis ? », *Gaz. Pal.* 2006 Doct. p. 30 à 34.

A- La collégialité

259. Les différentes tentatives tendant à instaurer une collégialité en matière de contrainte ont toutes échoué (1°) en raison des insuffisances de la collégialité en la matière (2°).

1°/ Les échecs successifs

260. Du Code d’instruction criminelle au Code de procédure pénale. Selon certains auteurs des Lumières tels que Beccaria¹ ou Montesquieu², la collégialité permettrait d’assurer une meilleure impartialité par la confrontation des différentes opinions et par le contrôle qu’exerce chacun des magistrats sur les autres³. De plus, elle permettrait de former au mieux les jeunes magistrats à condition, toutefois, que la juridiction soit composée à la fois de magistrats dotés d’une certaine expérience et de juges plus jeunes.

261. S’inspirant de la philosophie des Lumières, le Code d’instruction criminelle séparait les fonctions d’enquête confiées au seul juge d’instruction et la fonction de jugement de l’instruction confiée à la Chambre du conseil, formation collégiale composée de trois juges dont le juge d’instruction. Cette Chambre fut supprimée par une loi du 17 juillet 1856. En effet, il a été considéré qu’elle ralentissait la procédure et que les juges se rangeaient trop facilement à l’avis du juge d’instruction. Aussi, le législateur de 1856 confia-t-il au juge d’instruction l’ensemble de ces pouvoirs. Peu après, d’éminents auteurs, tels que Faustin Hélie, ont regretté la Chambre du Conseil. Un projet de réforme de 1879 proposa la création d’une nouvelle Chambre du Conseil ne comprenant pas le juge d’instruction et ne statuant que sur l’appel des décisions de celui-ci. Ce projet fut rejeté en 1892. Deux nouveaux projets de 1907 et 1908 ont également prévu une Chambre du Conseil ne comprenant pas le juge d’instruction mais ne statuant cette fois-ci que sur la prolongation de la détention provisoire au-delà de dix jours. Ces projets échouèrent à leur tour.

¹ « Plus les membres du tribunal sont nombreux, moins il est à craindre qu’ils empiètent sur les lois, car la vénalité est plus difficile à des magistrats qui s’observent entre eux, et ils ont moins d’intérêt à accroître leur autorité si la part qui en reviendrait à chacun est plus petite, comparée surtout au danger de l’entreprise ». BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, §XLIII.

² «Un tel magistrat [un magistrat unique] ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique ». MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, *op. cit.*, Livre VI chapitre VII.

³ Pour une synthèse des avantages et inconvénients de la collégialité voir BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 4^e édition, 2003, n°305 à 306 ; GORPHE (F.), *Les décisions de justice Etude psychologique et judiciaire*, PUF, 1952, notamment p. 39 ; BAILLY (P.), « La collégialité est-elle morte ? », *Gaz. Pal.* 1996 1^{er} sem. Doct. p 209 et 210.

262. Après plusieurs tentatives avortées, le projet de loi Clémenceau devint la loi du 7 février 1933. La liberté devint alors la règle. Les non récidivistes encourant une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement devaient être libérés dans les cinq jours suivant leur premier interrogatoire. Pour les autres, au bout d'un mois, puis chaque mois, la détention préventive pouvait être renouvelée par la Chambre du Conseil, dont le juge d'instruction était exclu. Ce dernier pouvait accorder seul la liberté provisoire. Cette loi a été abrogée par la loi du 25 mars 1935 qui restitua au juge d'instruction l'ensemble de ses pouvoirs¹.

263. Le Code de procédure pénale rendit le juge d'instruction totalement indépendant du ministère public, en lui retirant sa qualité d'officier de police judiciaire, mais ne modifia pas la répartition des pouvoirs entre le ministère public et le juge d'instruction.

264. Depuis le début des années quatre-vingt. Depuis 1985, il a été proposé à plusieurs reprises de revenir à ce principe de la collégialité, tout au moins en matière de placement en détention provisoire sous la forme soit d'une juridiction collégiale à laquelle les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction étaient confiés, soit d'une instruction menée par plusieurs juges d'instruction saisis en cas d'affaires complexes.

265. Ainsi, la loi du 30 décembre 1985² revenait au système de 1808 en prévoyant une instruction collégiale par la « Chambre d'instruction » et celle du 30 décembre 1987³ avait prévu que le placement en détention provisoire serait ordonné par une formation collégiale, la « Chambre des demandes de mises en détention provisoire ». Cependant, avant même leur entrée en vigueur, ces lois furent abrogées par les lois du 30 décembre 1987⁴ et du 6 juillet 1989⁵ et le

¹ Sur cet historique voir notamment PRADEL (J.) « Chambre du conseil et instruction préparatoire Remarques suggérées par la loi du 30 décembre 1987 relative à la procédure pénale », *D.* 1988 Chr. p. 149 à 151 ; DE MONREDON (E.), « Collégialité et détention provisoire », *Gaz. Pal.* 1988 1^{er} sem. Doct. p. 369 à 373 ; GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 3, Sirey, 1912, §991 et 992 ; GOLLETY, « Rapport Oral au colloque du XXe anniversaire de la la Revue de science criminelle des 19, 20 et 21 avril 1956, L'organisation des juridictions d'instruction », *RSC* 1957 p. 85 à 90 ; VOUIN, « Rapport Oral au colloque du XXe anniversaire de la la Revue de science criminelle des 19, 20 et 21 avril 1956, L'organisation des juridictions d'instruction », *RSC* 1957 p. 90 à 99 ; CUCHE (P.), « Le projet de loi ministériel sur les garanties de la liberté individuelle », *Rev. Pénit.* 1907 p. 764 à 778 pour une présentation du projet de 1907 ; *D.* 1933 4 p. 65 à 66 pour une présentation de la loi de février 1933 ; *D.* 1936 4 p. 21 et 22 pour une présentation de la loi de mars 1935.

² Loi n°85-1407 du 30 décembre 1985 portant dispositions de procédure pénale et de droit pénal

³ Loi n°87-1062 relative au placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire.

⁴ Préc..

⁵ Loi n°89-461 relative à la détention provisoire.

juge d’instruction retrouva tous ses pouvoirs en raison de l’absence de recrutement du nombre de magistrats nécessaire pour la mise en application de ces réformes. La première supposait en effet la création de 150 postes de magistrats et la seconde de 70 postes.

266. A son tour la loi du 4 janvier 1993¹ tenta d’instituer la collégialité pour le placement en détention provisoire, désormais ordonné par la « Chambre des demandes de mises en détention provisoire ». Cette loi, contrairement aux précédentes, entra en vigueur, mais fut également largement critiquée² et finalement abrogée sur ce point par la loi du 24 août 1993³, un changement de majorité⁴ et la prise en compte de difficultés budgétaires empêchant la mise en place d’une telle collégialité.

267. A la suite de l’affaire dite d’Outreau, l’Union syndicale des magistrats a proposé un placement en détention provisoire collégial. Le Syndicat de la magistrature, quant à lui, a proposé la création d’une juridiction collégiale des libertés et de la détention⁵. Le rapport de la Commission parlementaire préconisait la création de collèges d’instruction composés de trois magistrats du ressort de la Cour d’appel de grades et d’expériences différentes, et procédant aux investigations et placement en détention provisoire. La loi du 5 mars 2007⁶ a limité le rôle du collège de l’instruction. En effet, celui-ci exerce les seules prérogatives du juge d’instruction. L’intervention du collège d’instruction est donc extrêmement limitée en matière de contrainte⁷. En particulier, contrairement aux propositions de la Commission parlementaire, le collège de l’instruction ne décide pas du placement en détention provisoire⁸.

268. Le rapport Léger de septembre 2009 a proposé à son tour la possibilité pour la personne mise en cause de demander que son placement en détention provisoire soit ordonné par une

¹ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

² Voir notamment GUIBERT (S.), *La détention provisoire au cours de l’instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, *op. cit.*, p. 118 à 138 ; PRADEL (J.), « Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale) », *D.* 1993 Chr. p. 39 et 40 ; TURCEY (V.), « La loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ou le pavé de l’ours », *Gaz. Pal.* 1993 1^{er} sem. Doct. p. 390 à 394.

³ Loi n°93-1013 portant réforme de la procédure pénale.

⁴ Voir notamment TAORMINA (G.), « Réflexions sur la détention provisoire des majeurs », *Rev. Pénit.* 2001 p. 64 à 100.

⁵ BARELLA (D.), « La réforme de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2006, entretien du mois de juin, p. 4 et 5.

⁶ Loi n°2007-289 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale.

⁷ Cf. *supra* n°154 et s..

⁸ Voir notamment MATSOPOULOU (H.), « Les innovations dans la conduite de l’information judiciaire : une urgence pour 2010 ! Commentaire de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l’équilibre de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2007 Etude n°5.

formation collégiale. En revanche, la collégialité n'était pas envisagée lors de la prolongation de cette mesure. Certains auteurs s'en sont d'ailleurs étonnés. Ils soulignaient, en effet, la gravité plus importante de cette dernière et la nécessité de l'encadrer de manière beaucoup plus stricte que le simple placement initial¹. Reprenant cette idée, l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 envisage la création du Tribunal de l'enquête et des libertés compétent pour statuer sur les demandes de prolongation de la détention provisoire².

2°/ Les justifications de l'échec

269. Ces propositions régulières de la collégialité au stade de l'instruction vont à contre-courant de la tendance générale du droit français de suppression des juridictions collégiales au bénéfice de juges uniques³, même si le Conseil Constitutionnel semble s'orienter peu à peu vers la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de collégialité des juridictions⁴.

Outre les difficultés financières de la collégialité, les mêmes critiques reviennent régulièrement. Il s'agit notamment de l'influence que pourrait avoir l'un des membres du collège sur les autres. Certaines expériences menées à l'École de la magistrature ont montré que si les décisions collégiales sont en général motivées de manière plus précise que les décisions rendues par un juge unique, elles ne sont pas nécessairement les plus adaptées au problème ni les plus réfléchies. Il semblerait, en effet, que la collégialité conduise, le plus souvent, les magistrats à se ranger à l'avis d'un seul d'entre eux, en particulier lorsque l'un des magistrats a été amené à se prononcer préalablement sur le dossier ou lorsque la méthode de décision conduit l'un des magistrats à exposer son point de vue de manière préalable⁵.

Monsieur Pradel a également souligné que le placement en détention provisoire par une formation collégiale risquait de conduire les magistrats à moins hésiter à décider d'un tel

¹ GUERIN (D.), « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009 Dossier n°6.

² Article 211-15 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. Ce Tribunal est composé de trois magistrats dont au moins un juge de l'enquête et des libertés selon l'article 211-13. L'un des assesseurs peut être un juge de proximité.

³ Voir notamment PERROT (R.), « Le juge unique en droit français », *RIDC* 1977 p. 659 à 674.

⁴ COHENDET (M.A.), « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC* 2006 p. 713 à 735.

⁵ BAUDOUIN (J.M.), « La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? Réflexions sur un exercice d'école », *RTDCiv.* 1992 p. 532 à 538.

placement en raison de l’anonymat que suppose la collégialité et de ce fait d’une sorte de diminution de la responsabilité personnelle des magistrats¹.

Enfin, il a été fréquemment invoqué le fait que le placement en détention provisoire ordonné par une formation collégiale pourrait avoir une grande influence sur la suite de la procédure, cette décision constituant une sorte de préjugement².

270. La collégialité serait ainsi insuffisamment protectrice de la liberté individuelle. Ceci a conduit le législateur à s’orienter plutôt vers une séparation des fonctions.

B- La séparation des fonctions

271. S’inspirant d’exemples étrangers (1°), le législateur et la doctrine français s’orientent peu à peu vers la consécration d’une séparation des fonctions au cœur de laquelle se trouvent les mesures de contrainte (2°).

1°/ Une réflexion d’inspiration étrangère

272. La mise en cause de l’impartialité du ministère public mais surtout du juge d’instruction sont liées au cumul des fonctions d’enquête et de certaines fonctions juridictionnelles, ce manque d’objectivité conduisant à remettre en cause l’effectivité du respect de la liberté individuelle lors de la décision de recourir à certaines mesures de contrainte. Cette confusion des pouvoirs est aujourd’hui une spécificité française puisque les autres pays européens, à l’exception de la Belgique qui a elle aussi maintenu un système identique, ont adopté une séparation des rôles d’enquête et juridictionnel. Les systèmes italien et allemand ont servi de source de réflexion.

¹ Sur l’ensemble de cette question voir notamment PRADEL (J.), « Chambre du conseil et instruction préparatoire Remarques suggérées par la loi du 30 décembre 1987 relative à la procédure pénale », *D.* 1988 Chr. p. 149 à 151 ; BOULAN (F.), « La réforme de l’instruction », *in Mélanges en l’honneur d’André Vitu Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 51 à 64 ; JEANDIDIER (W.), « La juridiction collégiale d’instruction du premier degré », *in ibid.*, p. 263 à 276. Voir également pour l’abrogation de la loi de janvier 1993 BOULOC (B.), « La réforme de la réforme du Code de procédure pénale », *Rev. Pénit.* 1994 p. 9 à 39 et plus particulièrement p. 22 à 24.

² PRADEL (J.), *Le juge d’instruction*, Dalloz, Coll connaissance du droit privé, 1996, p. 59.

273. L'exemple de l'Italie. Le Code de procédure pénale italien, entré en vigueur le 24 octobre 1989, a confié au ministère public l'ensemble de l'enquête et supprimé le juge d'instruction. Le ministère public italien conduit l'enquête préliminaire, disposant pour ce faire directement de l'aide de la police judiciaire¹, puis requiert le classement sans suite ou l'exercice de l'action publique auprès du juge de l'enquête préliminaire. Le ministère public italien demande le déclenchement des poursuites mais ne les déclenche pas lui-même contrairement au ministère public français. Cependant, il exerce bien l'action publique en vertu de l'article 50 du Code de procédure pénale italien au sens où il va requérir l'application de la loi pénale et diriger l'enquête préliminaire dont la finalité est la recherche des éléments permettant de prendre la décision sur l'action pénale en vertu de l'article 326 du même Code. En revanche, le ministère public ne prend pas les décisions relatives aux mesures de contrainte les plus graves. En effet, la décision de placement sur écoutes téléphoniques, la garde à vue, la détention provisoire, ou l'interdiction de quitter le territoire par exemple sont ordonnées par le Juge de l'enquête préliminaire. Ces dispositions permettent de répondre aux critiques relatives au cumul des pouvoirs d'enquête et de contrainte et au manque d'impartialité qui leur est lié. De plus, elles vont jusqu'au bout de la logique selon laquelle le ministère public est partie au procès pénal en tant que représentant de la Société puisque cette qualité lui impose de demander l'application de la loi pénale s'il a pu réunir les preuves suffisantes de la culpabilité de la personne poursuivie. Elles semblent, cependant, contraires à la Convention européenne des droits de l'homme puisque le juge de l'enquête préliminaire décide également des suites à donner à l'affaire à la fin de l'enquête et notamment du renvoi devant les juridictions de jugement².

274. L'exemple de l'Allemagne. En Allemagne, le ministère public dispose de tous les pouvoirs d'investigation et de poursuite, mais un juge autorise certains actes portant atteinte à la liberté individuelle tels que la détention provisoire. Ces dispositions semblent conformes aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme puisqu'elles distinguent complètement le pouvoir d'investigation et de poursuite d'une part et le pouvoir d'ordonner les mesures de contrainte d'autre part. De plus, et certains y voient la raison du bon fonctionnement

¹ Articles 58 et 327 du Code de procédure pénale italien. Il faut souligner qu'il n'y a plus d'instruction.

² Pour un résumé du déroulement de la procédure pénale italienne et une brève analyse des conséquences de la suppression du juge d'instruction en 1989 voir sous la direction de DELMAS-MARTY (M.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1995, p. 289 à 346 ; PAGLIARO (A.) et TRANCHINA (G.), *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè Editore, Milan, terza edizione, 1996, 393 pages.

du système allemand à la différence du système italien pourtant similaire, le ministère public a l’obligation de parvenir à la manifestation de la vérité, ce qui implique qu’il doit « tout mettre dans le dossier » aussi bien les éléments à charge que les éléments à décharge comme un véritable juge d’instruction¹.

2°/ Les réflexions françaises

275. S’inspirant en partie de ces exemples, en France, il est régulièrement proposé d’attribuer à des autorités différentes les pouvoirs d’enquête et de recours aux mesures de contrainte les plus graves².

276. Un juge de l’instruction : des projets avortés. Le projet de loi de la Commission Donnedieu de Vabres de 1949 avait pour but de confier toute la recherche de la vérité au procureur de la République et de transformer le juge d’instruction en un juge de l’instruction chargé de la seule fonction juridictionnelle et notamment du contentieux lié à la détention provisoire et des suites à donner à l’affaire une fois les investigations terminées. Cette recherche des preuves laissées au seul parquet a été critiquée en raison de sa subordination hiérarchique au pouvoir exécutif. De plus, il convient d’observer que le placement en détention provisoire était ordonné, selon ce projet, par le procureur de la République, ce qui ne faisait que déplacer le problème du juge d’instruction vers le procureur de la République. Ce projet a finalement été abandonné³.

277. En 1966, le garde des sceaux a demandé à une commission de réforme d’explorer à nouveau cette voie. Cependant, les travaux de cette commission n’ont pas abouti.

278. Messieurs Merle et Vítu, quant à eux, ont proposé de confier au ministère public la recherche de la vérité et au juge d’instruction l’autorisation et le contrôle des actes les plus

¹ Voir notamment sous la direction de DE CHARRETTE (H.), *Grand débat national sur la justice Après Outreau, quelle réforme de la justice pénale ?*, Actes du colloque du 26 mars 2006 à l’Assemblée nationale, L’Harmattan, 2006, en particulier p. 51 et 52.

² Sur l’ensemble de cette question voir notamment GUIBERT (S.), *La détention provisoire au cours de l’instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, *op. cit.*, p. 4 à 6 et p. 27 à 65.

³ Pour une présentation critique de ce projet voir COLOMBINI (A.), « Considérations sur le projet de Code d’instruction criminelle », *JCP* 1950 I 854 ; VOUIN (R.), « Le projet de réforme du Code d’instruction criminelle », *D.* 1950 Chr. p. 37 à 40.

attentatoires à la liberté individuelle, à savoir la détention provisoire, les perquisitions et les saisies¹. Dans un article publié en 1989, Monsieur Pradel proposait d'attribuer toutes les investigations au Parquet et de laisser au juge d'instruction l'ensemble des décisions relatives à la liberté de l'inculpé et exceptionnellement la recherche des preuves².

279. En 1991, la Commission « justice pénale et droits de l'homme » a proposé de confier totalement les pouvoirs d'enquête au procureur de la République que l'on se situe en matière criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle, et les pouvoirs de contrainte à un « juge de l'instruction ». En effet, ce dernier, selon cette proposition, ordonnait la prolongation de la garde à vue, le placement en détention provisoire, les perquisitions et le placement sur écoutes téléphoniques. Cette proposition permettait d'éviter la critique européenne en séparant le pouvoir de poursuite et le placement en détention provisoire. Cette proposition a été rejetée. En effet, cela revenait à confier au parquet des pouvoirs pratiquement aussi étendus que ceux du juge d'instruction actuel. De plus, bien que rappelant son accord pour le principe d'une telle séparation des fonctions, Monsieur Pradel a regretté que le rapport ne coupe pas le lien entre le Ministère public et le pouvoir exécutif, bien au contraire³.

280. Madame Rassat, pour sa part, a, en 1997, proposé de laisser au juge d'instruction l'ensemble de ses pouvoirs de contrainte en raison de l'utilité même de ceux-ci pour lui. Il était prévu de laisser au juge d'instruction le pouvoir de placer en détention provisoire uniquement lorsque cette mesure a pour finalité la recherche des indices. En revanche, ce placement, à la requête du ministère public, était confié soit au président du tribunal de grande instance ou à un magistrat délégué par lui soit à une formation collégiale ne comprenant pas le juge d'instruction, lorsque la détention provisoire a pour finalité la prévention de l'ordre public⁴. Cependant, cette proposition fondée sur la seule utilité de la mesure au regard des missions de chacune de ces autorités laissait entière la question de leur impartialité.

281. Ces deux rapports ont été mis de côté en raison des alternances politiques, mais ont inspiré certaines dispositions adoptées ultérieurement.

¹ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel, Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 4e édition, 1989, n°333.

² PRADEL (J.), « De la réforme de l'instruction préparatoire », *D.* 1989 Chr. p. 1 à 10.

³ PRADEL (J.), « La mise en état des affaires pénales Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (juin 1990) », *D.* 1990 Chr. p. 301 à 306.

⁴ RASSAT (M.L.), *Rapport Propositions de réformes du Code de procédure pénale*, janvier 1997, p. 167 à 169.

282. La création du juge des libertés et de la détention. S’inspirant de la proposition de 1991 et du système provisoire mis en place par la loi du 4 janvier 1993¹, le législateur français a, en 2000², créé le juge des libertés et de la détention. Désormais seul ce juge, qui n’a aucun pouvoir d’enquête et ne se prononce pas sur les charges à la fin de l’instruction, peut ordonner le placement en détention provisoire, la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures en cas d’infractions de criminalité organisée, le placement sous écoutes téléphoniques dans le cadre de l’enquête de flagrance ou éventuellement dans le cadre d’une enquête préliminaire pour les infractions de criminalité organisée, les perquisitions sans l’accord de la personne dans le cadre de l’enquête préliminaire ou les perquisitions en dehors des heures légales en cas d’infractions dites de criminalité organisée. Le juge des libertés et de la détention est ainsi compétent pour ordonner les mesures de contrainte les plus graves. Toutefois, le législateur ne lui a pas encore accordé l’ensemble des mesures les plus attentatoires à la liberté individuelle comme le montre l’exemple de la captation d’images ou de la sonorisation ou encore des écoutes téléphoniques qui peuvent toujours être ordonnées par le seul juge d’instruction. Ainsi, cette loi n’a pas totalement distingué les pouvoirs d’enquête et juridictionnels. Le législateur de 2000 s’est engagé sur cette voie de séparation des fonctions afin de répondre aux critiques relatives à l’impartialité des autorités judiciaires compétentes pour ordonner certaines atteintes à la liberté individuelle, mais n’a pas été jusqu’au bout de cette logique³, restant en retrait par rapport à la proposition de la Commission Delmas-Marty.

283. Vers un juge de l’enquête et de l’instruction ? L’affaire dite d’Outreau a fait renaître les débats. Trois tendances, inspirées par les propositions évoquées, se retrouvent encore une fois. D’un côté, il s’agirait de confier tous les pouvoirs d’enquête au procureur de la République et

¹ La loi n°93-2 du janvier 1993 avait institué un système transitoire avant la mise en place des chambres de mise en détention provisoire. Du 1^{er} mars au 31 décembre 1993, en effet, le placement en détention provisoire était ordonné par un juge délégué. Sur ce point voir LE GUNEHÉC (F.), « La loi du 24 août 1993 Un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP* 1993 I 3720 en particulier §91 à 95. Cet auteur souligne, quant à lui, la déresponsabilisation que ce système provoquerait en raison de la méconnaissance du dossier par ce juge délégué.

² Voir notamment LAZERGES (C.), *Rapport n°1468*, Ass. Nationale, 1999 ; LAZERGES (C.), « Le renforcement de la protection de la présomption d’innocence et des droits des victimes : histoire d’une navette parlementaire », *RSC* 2001 p. 7 à 23 ; DECAMPS (J.), *La présomption d’innocence : entre vérité et culpabilité Confrontation des systèmes de procédure pénale français et anglais avec la CESDH*, *op. cit.*, p. 449 et 450.

³ LEMONDE (M.), « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *RSC* 2001 p. 51 à 54 ; LAVIELLE (B.) et LEBUR (F.), « Le juge des libertés et de la détention : ben-ioui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 2001 Doct. p. 11768 à 11775.

de supprimer le juge d'instruction¹, de l'autre de maintenir le juge d'instruction mais de développer les pouvoirs du juge des libertés et de la détention, et enfin de supprimer le juge des libertés et de la détention au bénéfice d'une instruction collégiale. Quatre années paraissent une durée un peu courte pour juger de l'efficacité de cette nouvelle institution. Toutefois, il semble que ces critiques aient persisté² Le rapport de la commission d'enquête parlementaire rendu en juin 2006 préconisait de renforcer les pouvoirs du juge des libertés et de la détention. Pour l'instant ce point n'a pas été modifié, le ministre de la justice ayant estimé que cela méritait une plus ample réflexion en particulier au regard de la formation et des créations de postes que le choix de certaines de ces options impliquerait³.

284. En janvier 2009, le Président de la République a annoncé la suppression du juge d'instruction au bénéfice du ministère public et la création d'un juge de l'instruction. Après un pré-rapport sur la phase préparatoire du procès pénal du 9 mars 2009, un rapport a été rendu par le Comité de réflexion sur la justice pénale le 1^{er} septembre 2009. Soulignant l'impossibilité d'une stricte neutralité du juge d'instruction et la confusion des rôles selon les cadres de l'enquête, il préconise de transformer le juge d'instruction en juge de l'enquête et des libertés investi uniquement de fonctions juridictionnelles, les pouvoirs d'enquêtes étant entièrement transférés au procureur de la République. Ce dernier serait dès lors le seul directeur d'un cadre unique d'enquête, l'instruction étant supprimée. Cependant, il déciderait également seul de la saisine ou non d'une juridiction de jugement. De plus, le comité estime qu'aucune modification ne doit être apportée au statut actuel des magistrats du parquet afin de permettre au pouvoir exécutif de continuer à définir la politique pénale et à la faire appliquer sur l'ensemble du territoire. Le juge de l'enquête et des libertés, quant à lui, serait compétent pour décider des mesures les plus attentatoires à la liberté individuelle telles que les écoutes téléphoniques, la sonorisation, la perquisition hors flagrance et hors accord de l'intéressé, la prolongation de la garde à vue et la détention provisoire.

¹ Voir sur ce point notamment PRADEL (J.), « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000 Chr. p. 1 à 9 ; VIGOUROUX (C.), « La mise en application de la loi sur la présomption d'innocence et le droit des victimes », *D.* 2000 Interview n°26 p. VII à IX ; TURCEY (D.), « Le juge de la détention est le type même de la fausse bonne idée », *LPA* du 14 janvier 2000 p. 4 à 8.

² MATSOPOULOU (H.), « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008 p. 1494 à 1500.

³ Audition du ministre de la justice du 29 novembre 2006 par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale.

285. Ces idées ont été approfondies par l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. La répartition des compétences entre juge de l’enquête et des libertés¹ et ministère public² proposée par le rapport est reprise. De même, les liens entre le ministère public et le ministre de la justice sont maintenus, voir renforcés. En effet, l’avant-projet semble donner une véritable valeur normative aux instructions du garde des sceaux³.

286. Si la création du juge de l’enquête et des libertés semble *a priori* répondre aux critiques faites à l’encontre du juge d’instruction actuel, encore faut-il que les conditions de l’exercice de sa mission ne reprennent pas les mêmes dérives que celles dénoncées à l’égard du juge des libertés et de la détention. La suppression du juge d’instruction ne ferait que correspondre à la pratique actuelle, l’instruction étant exceptionnelle. Pour autant, aucun des reproches formulés à l’encontre du ministère public ne trouve de solution dans les propositions actuelles. Au contraire, le renforcement des pouvoirs d’investigation et de poursuite du ministère public ne peut que conduire à focaliser sur celui-ci les critiques faites à l’encontre du juge d’instruction aggravées par

¹ En vertu de l’article 211-3 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010, « Au cours de l’enquête judiciaire pénale, le juge de l’enquête et des libertés :

1^o Garantit le déroulement contradictoire, équitable et impartial de la procédure et contrôle que les investigations sont effectivement effectuées à charge et à décharge, en statuant sur les demandes formées par les parties qui n’ont pas été acceptées par le procureur de la République ou auxquelles celui-ci n’a pas répondu ;

2^o Garantit le respect des libertés individuelles, en statuant en matière de contrôle judiciaire, d’assignation à résidence sous résidence électronique et de détention provisoire, ainsi qu’en statuant, dans les cas prévus par le présent code, sur les demandes du procureur de la République tendant au prononcé de certaines mesures d’investigation et en contrôlant leur mise en œuvre ;

3^o Saisit la chambre des enquêtes et des libertés s’il lui apparaît qu’un acte ou une pièce de la procédure est entaché de nullité ».

Selon l’article 211-4, « dans les cas prévus par le présent code, le juge de l’enquête et des libertés est également chargé de statuer sur l’issue de l’enquête judiciaire pénale à la demande d’une partie si celle-ci conteste la décision rendue par le procureur de la République ».

² Selon l’article 311-1 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010, « L’enquête judiciaire pénale [...] est conduite par le procureur de la République. Il est procédé à tous les actes utiles à la manifestation de la vérité par le procureur de la République lui-même ou, sous sa direction et ses instructions, par les officiers et agents de police judiciaire. L’enquête est effectuée sous le contrôle du juge de l’enquête et des libertés et du tribunal de l’enquête et des libertés et, le cas échéant, de la chambre de l’enquête et des libertés ».

³ L’article 221-3 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit : « Les magistrats du ministère public près les juridictions du fond sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l’autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. Ils doivent, au cours de la procédure pénale, se conformer aux instructions de ceux-ci dans les conditions et sous les réserves prévues par le présent code. [...] Ils ne doivent pas exécuter des instructions individuelles qui seraient contraires à l’exigence de recherche de la manifestation de la vérité et de conduite des investigations à charge et à décharge. Lors des audiences et débats contradictoires, ils développent librement les observations orales qu’ils croient convenables au bien de la justice ». Sur ce point voir notamment PRADEL (J.), « La disparition du juge d’instruction dans l’avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.* 2010 p. 1293 à 1294 ; HENNION-JACQUET (P.), « L’arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *D.* 2010 p. 1390 à 1394 ; PRADEL (J.) et GUERIN (D.), « Les relations entre le ministère public et le ministre de la justice dans l’avant-projet de réforme de la procédure pénale », *D.* 2010 p. 660 à 662.

l'absence de garantie supplémentaire de son indépendance, et ce d'autant plus que selon l'avant-projet le procureur de la République est également toujours compétent pour saisir les juridictions de jugement à l'issue de l'enquête judiciaire, mettre en œuvre une mesure alternative ou décider d'un classement judiciaire¹.

En réalité, quelle que soit l'option choisie quant à l'autorité chargée de l'enquête, il est indispensable que celle-ci ne cumule pas des pouvoirs d'enquête et juridictionnels et que son impartialité et son indépendance soient totalement garanties². Il est possible de se demander s'il ne serait pas souhaitable d'étendre la compétence exclusive d'un juge entièrement impartial et indépendant à l'ensemble des décisions de recours à la contrainte³. Certes, cela irait plus loin que les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Si les risques d'arbitraire et de pression sont peut être plus criants en cas de privation de la liberté individuelle, une protection efficace de cette dernière suppose que tout doute quant à l'impartialité de l'autorité chargée de la mise en œuvre de la contrainte, ou tout du moins de son contrôle, puisse être exclu quelle que soit l'atteinte portée à la liberté individuelle⁴. De plus, pour un respect effectif de la liberté individuelle et une réelle légitimité de l'autorité titulaire de la contrainte, il conviendrait d'accorder à ce juge des moyens lui permettant de remplir efficacement sa mission, par exemple, en lui permettant un accès permanent⁵ au dossier, une information systématique en cas de recours à la contrainte décidée par le ministère public telle que la garde à vue⁶, en s'assurant que cette fonction est remplie par un juge spécialisé en matière pénale et dont les modalités de désignation et d'avancement lui assurent une parfaite indépendance⁷. Sur ce point il est d'ailleurs regrettable que l'avant-projet de Code de mars 2010 n'impose l'intervention du même juge de l'enquête et

¹ Article 311-1 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

² En ce sens voir MAYAUD (Y.), « Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale) », *D.* 2010 p. 773 à 774.

³ Voir notamment NORMAND-BODARD (X.), « Outreau : et après ? », *Gaz. Pal.* 2006 Doct. p. 228 ; SUDRE (F.), « Le rôle du Parquet en question », *JCP* 2010 454.

⁴ En ce sens voir *Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale* remis au Ministre de la Justice le 5 mai 2010. Selon ce rapport, le juge de l'enquête et des libertés devrait être compétent pour contrôler toutes « les mesures privatives de libertés et intrusives ».

⁵ Voir GUERIN (D.), « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009 Dossier n°6 ; LUCAZEAU (G.), « L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009 n°10 Dossier 5 ; Communiqué du CNB et de l'USM, « Avant-projet de réforme de la procédure pénale : réaction du CNB et de l'USM », *Dr. Pén.* 2010 Alerte 25.

⁶ *Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale* remis au Ministre de la Justice le 5 mai 2010, p. 10. Cette proposition tire les conséquences de la Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public selon laquelle « lorsque le ministère public est habilité à prendre des mesures qui entraînent des atteintes aux droits et libertés fondamentales du suspect, ces mesures doivent faire l'objet d'un contrôle judiciaire ».

⁷ STRAEHLI (G.), « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. Pén.* 2009 Dossier n°4.

des libertés tout au long de la procédure que lorsqu’un tel juge a déjà statué « sur la demande d’une partie ou sur des réquisitions du ministère public en matière de contrôle judiciaire, d’assignation à résidence avec surveillance électronique et de détention provisoire »¹. Cette compétence exclusive n’a pas été étendue aux cas où le juge de l’enquête et des libertés est intervenu pour autoriser une perquisition, une prolongation de la garde à vue, une interception de correspondances ou une sonorisation.

287. Conclusion : Peu à peu, le principe de légitimité substantielle s’est dégagé du principe de légalité dont il est aujourd’hui autonome. Au-delà du respect du principe de légalité des mesures de contrainte, il faut en outre que le législateur assure la légitimité réelle de ces mesures auprès de l’opinion publique et des autorités internationales. Un nouveau principe encadrant les mesures de contrainte est ainsi consacré. Une notion philosophique, voir sociologique, a progressivement acquis le rang de principe juridique. Si la légitimité de la contrainte permet d’encadrer l’action du législateur en lui imposant de justifier la création des mesures de contrainte et leur attribution au regard de la protection de la Société et de la liberté individuelle, cette obligation positive du législateur joue, actuellement, un rôle relativement ambigu en la matière. Bien que son respect soit encore peu contrôlé et malgré certaines dérives, ce principe tend à renforcer peu à peu la protection de la liberté individuelle.

¹ Article 211-8 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

Conclusion du titre I

288. La création et l’attribution d’une mesure de contrainte sont conformes à l’effectivité du respect de la liberté individuelle dès lors que cette mesure est prévue par le législateur et légitimée par sa nécessité au regard du maintien de l’ordre public, par sa proportionnalité à la gravité des faits auxquels elle doit s’appliquer, ainsi que par les garanties statutaires et fonctionnelles des titulaires de la contrainte.

Si le respect du principe de légalité paraît parfois relatif, en particulier au regard de ses corollaires que sont la clarté et la précision de la loi, le principe de légitimité semble prendre le relais, renforçant ainsi progressivement l’effectivité *in abstracto* du respect de la liberté individuelle. Les réflexions actuelles relatives à la répartition des fonctions tout au long de la procédure pénale ne doivent, toutefois, pas faire abstraction de l’ensemble des conséquences de la légitimité nécessaire des mesures de contrainte. A défaut, le législateur français risquerait, une fois de plus, de « s’arrêter à mi-chemin » et de devoir, après quelques années, remettre son travail sur l’ouvrage, notamment sous l’influence de la Cour européenne des droits de l’homme.

289. Par ailleurs, un Etat de droit ne suppose pas seulement la proclamation officielle des libertés, mais également que chaque citoyen puisse en jouir concrètement. L’effectivité *in concreto* de la liberté individuelle doit dès lors être à présent abordée. La contrainte doit non seulement être non arbitraire lors de sa création, mais également raisonnable dans sa mise en œuvre.

Titre II

Une contrainte raisonnable

Partie I – L’encadrement moderne : l’effectivité de la liberté individuelle

Titre II – Une contrainte raisonnable

290. Le respect de la liberté individuelle ne saurait être assuré par le seul encadrement *in abstracto* des mesures de contrainte. Légalité et légitimité de l'action du législateur ne suffisent pas. La mise en œuvre des mesures de contrainte doit également être encadrée. Un Etat dont les autorités policières et judiciaires ne seraient soumises qu'au principe de légalité des mesures de contrainte ne peut qu'être soupçonné d'arbitraire. La protection de la liberté individuelle ne resterait qu'une simple pétition de principe. La contrainte mise en œuvre doit également être raisonnable. Dès lors nécessité (Ch1) et proportionnalité (Ch2) *in concreto* viennent à leur tour encadrer les mesures de contrainte.

Ch1- Une contrainte nécessaire

291. Lorsqu’il attribue un pouvoir à l’administration, le législateur a le choix entre deux types de pouvoir. Il peut soit n’octroyer qu’une compétence liée, lui indiquant « de façon impérative le sens dans lequel cette compétence devra être exercée, dict[ant] ainsi à l’avance à l’agent le contenu des décisions qu’il aura à prendre », soit lui attribuer un pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire « laisse [l’administration] juge de l’opportunité et du moment de la mesure à prendre [...]. C’est à l’auteur même de la décision qu’il appartient, par définition d’apprécier si les circonstances de fait justifiaient la mesure »¹. L’effectivité de la liberté individuelle implique que la nécessité de la contrainte soit appréciée *in concreto*. Afin d’assurer au mieux cette effectivité, le législateur va, par conséquent, laisser aux autorités titulaires de la contrainte un certain pouvoir d’appréciation de la nécessité réelle de recourir à de telles mesures (I). Toutefois, l’effectivité du respect de la liberté individuelle implique également que cette nécessité puisse être contrôlée (II).

Section I- L’appréciation de la nécessité de la contrainte

292. La protection de la liberté individuelle suppose que la nécessité des mesures de contrainte soit appréciée au regard des circonstances de l’espèce. Les autorités titulaires des mesures de contrainte vont dès lors bénéficier d’une certaine liberté d’action (§1). Elles restent toutefois soumises au principe de légalité et doivent en conséquence respecter les critères d’appréciation définis par le législateur (§2).

§1- La liberté d’appréciation des titulaires de la
contrainte

¹ GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, LGDJ, 19^e édition, 2010, p. 109.

293. Le législateur français a reconnu aux autorités titulaires de la contrainte probatoire un pouvoir de décision quant à l'opportunité de recourir à une mesure de contrainte (A) et quant au choix de cette mesure (B).

A- L'opportunité de la contrainte

294. Le législateur français a opté de manière générale pour la liberté d'appréciation de l'opportunité des mesures de contrainte (a). Ce choix est justifié par la protection tant de la liberté individuelle que de la Société (b).

1°/ Une liberté d'appréciation généralisée

295. Quels que soient les éléments déjà réunis à l'encontre d'une personne, le législateur français n'impose jamais le recours à une mesure de contrainte. Il ne s'agit que d'une simple faculté pour les autorités titulaires de ce pouvoir, malgré les doutes émis par certains en matière de garde à vue.

296. Le caractère facultatif du recours à la contrainte. Que ce soit pour le contrôle d'identité, la vérification d'identité, les écoutes téléphoniques, la détention provisoire ou les perquisitions, les textes disposent que les autorités « peuvent » y avoir recours et non « doivent ». Le législateur laisse ainsi toute liberté aux autorités. Le recours à une mesure de contrainte n'est jamais imposé. Soulignant cette compétence discrétionnaire des autorités titulaires du pouvoir de contrainte, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé dans un arrêt du 28 juin 2000 que « même lorsqu'il existe des indices de participation à l'infraction sur laquelle porte l'enquête, l'officier de police judiciaire apprécie, lors de chaque audition, la nécessité de placer en garde à vue la personne qu'il entend »¹. Le législateur délègue ainsi aux autorités chargées de la recherche de la vérité l'appréciation de la nécessité de recourir à une mesure de contrainte.

¹ Crim. 28 juin 2000, D. 2002 JP p. 438 à 443 note LOMBARD (F.) et HAROUNE (A.). Dans le même sens, Crim. 16 juin 2009, pourvoi n°08-87074, inédit.

Certaines interrogations ont toutefois été soulevées s’agissant de la garde à vue.

297. Les interrogations en matière de garde à vue. La loi du 15 juin 2000¹ a supprimé toute possibilité de placer de simples témoins en garde à vue quel que soit le cadre de procédure. En effet, depuis cette importante réforme du Code de procédure pénale, seules les personnes à l’encontre desquelles certains indices de participation à l’infraction sont réunis peuvent être placées en garde à vue. Quelques auteurs se sont alors demandé si cette loi ne venait pas remettre en cause la liberté d’appréciation des officiers de police judiciaire quant à l’opportunité de la contrainte. Selon ces auteurs, les officiers de police judiciaire devraient automatiquement placer en garde à vue les personnes contre lesquelles il existe certains indices de participation à l’infraction s’ils souhaitent les entendre². Cependant, les articles 63 et 77 du Code de procédure pénale disposaient toujours que « l’officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l’enquête, garder à sa disposition toute personne à l’encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner [...] ». Les textes laissaient ainsi une liberté de choix aux autorités. De plus, aucune sanction n’était attachée à l’absence de placement en garde à vue en cas de réunion de certains indices de participation.

Une protection effective de la liberté individuelle suppose, en effet, que la contrainte ne soit mise en œuvre que si cela s’avère réellement nécessaire au regard des circonstances de l’affaire. Cependant, les auteurs souhaitant le caractère obligatoire du placement en garde à vue³ ne se placent pas sur le plan de l’effectivité de la liberté individuelle mais sur celui des droits du suspect. En effet, le placement en garde à vue permet aujourd’hui à la personne entendue de bénéficier de certains droits. Afin de concilier le respect de la liberté individuelle et le bénéfice de ce mécanisme protecteur, le placement en garde à vue ne doit pas être retardé mais il ne doit pas non plus être systématique.

298. La recherche de cet équilibre a, d’ailleurs, conduit la Cour de cassation à nuancer quelque peu cette liberté d’appréciation des officiers de police judiciaire. Dans un premier temps, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la personne se présentant librement au commissariat ne devait pas automatiquement être placée en garde à vue même s’il existait à

¹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes

² PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et p. 1114 à 1124.

³ Voir LOMBARD (F.) et HAROUNE (A.), note sous Crim. 28 juin 2000, préc..

son encounter des indices de participation à une infraction dès lors que le bénéfice des droits de la défense était respecté. En effet, selon une formule classique, la Cour de cassation estimait qu'une « personne, qui se présente sans contrainte au service de police où elle est convoquée, peut être entendue, au cours d'une enquête préliminaire avant d'être informée de la plainte dont elle fait l'objet et d'être placée en garde à vue ; son audition n'est pas irrégulière dès lors que la notification des droits prévue par l'article 63-1 du Code de procédure pénale est effectuée dès le placement effectif en garde à vue et que la durée de cette mesure est calculée à compter de l'heure d'arrivée dans le service de police »¹. Le placement en garde à vue n'était obligatoire pour les autorités que si la personne était soumise à une certaine contrainte au moment de son arrivée dans les locaux de police². La Cour de cassation obligeait donc les officiers de police judiciaire, ainsi que les juridictions du fond, à s'interroger quant à l'existence ou non d'une contrainte à l'égard de la personne suspectée avant même son placement en garde à vue mais aussi quant au respect de ses droits³.

Par la suite, elle a supprimé toute référence aux droits de la défense⁴. La même solution a été admise en matière de retenue douanière⁵. Le seul critère est désormais l'existence ou non d'une contrainte ayant précédé l'arrivée de la personne dans les locaux des services de police. La Cour de cassation a ainsi admis la validité d'une procédure au cours de laquelle une personne avait été placée en garde à vue quelques heures, puis libérée et de nouveau entendue le lendemain sans être placée en garde à vue⁶. Une telle solution jurisprudentielle est largement critiquable⁷, puisqu'elle a pour effet de priver la personne entendue des droits attachés à cette mesure. De plus, si la garde à vue était nécessaire la veille, cette nécessité a-t-elle réellement disparue au motif que la personne est revenue d'elle-même dans les locaux des services de police ? N'est-elle pas soumise à une certaine contrainte psychologique alors qu'elle a déjà été placée en garde à vue ? Cette nouvelle jurisprudence paraît dès lors regrettable.

299. Si la personne n'est pas placée en garde à vue, le seul cadre légal existant est celui de l'audition libre des témoins. Aussi, s'inspirant du droit hollandais, le pré-rapport Léger rendu en

¹ Voir notamment Crim. 13 novembre 1996, *Bull.* n°401 (2 arrêts) ; Crim. 6 mai 1997, *Bull.* n°174 ; Crim. 4 mars 1998, *Bull.* n°84 ; Crim. 14 octobre 1998, *Bull.* n°260 ; Crim 19 janvier 2000, *Bull.* n°33 ; Crim. 28 mars 2000, *Bull.* n°136 ; Crim. 10 mai 2000, *Bull.* n°180 ; Crim 10 mai 2000, *Bull.* n°182.

² Crim. 11 octobre 2000, *Bull.* n°296 ; Crim. 6 décembre 2000, *Bull.* n° 64 ; Crim. 11 janvier 2001, *Bull.* n° 7 ; Crim. 6 mai 2003, *Bull.* n°93.

³ Voir BUISSON (J.), « Le placement en garde à vue », *RSC* 2001 p. 671 à 675.

⁴ Crim 12 octobre 2005, *Dr. Pén.* 2006 Comm. n°17 note MARON (A.) ; Crim 31 octobre 2006, *Bull.* n°263.

⁵ Crim 25 avril 2001, *Dr. Pén.* 2001 Comm. n°108 note MARON (A.).

⁶ Crim. 28 juin 2000, préc..

⁷ BUISSON (J.), « Le placement en garde à vue », *RSC* 2001 p. 671 à 675.

Le 1^{er} mars 2009 propose-t-il de créer une « rétention judiciaire pour les majeurs ». Toute personne soupçonnée d’une infraction pour laquelle la peine d’emprisonnement serait inférieure à cinq ans pourrait être placée par un officier de police judiciaire en retenue judiciaire pour une durée maximale de six heures « si la contrainte est nécessaire » et que le seul acte envisagé est l’audition du mis en cause. Pourtant, dès lors que d’autres actes que l’audition apparaîtraient nécessaires, le placement en garde à vue devrait être ordonné. Cette proposition a l’avantage de donner un cadre légal à l’audition des mis en cause hors garde à vue. En revanche, le pré-rapport ne précise pas les modalités d’entretien avec l’avocat ni si la durée de la rétention s’imputerait sur celle de la garde à vue.

L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 ne reprend pas l’expression de « retenue judiciaire ». Toutefois, il prévoit « l’encadrement de la possibilité d’audition libre du suspect même après interpellation ». Selon ces propositions, cette audition libre concernerait la personne « à l’encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre » un délit puni d’une peine d’emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans et qui a été « appréhendée et ramenée par la contrainte dans les locaux des services de police judiciaire ». En revanche, l’avant-projet de Code de procédure pénale paraît moins protecteur que le rapport Léger. En effet, si l’audition libre ne peut durer que quatre heures, la personne ne doit être informée que de la nature de l’infraction dont elle est soupçonnée et de « sa possibilité de choisir entre une audition libre ou un placement en garde à vue ». De plus, la formulation de cette proposition conduit à s’interroger sur l’apparition d’une obligation pour les officiers de police judiciaire de placer en garde à vue. L’article 327-7 de cet avant-projet dispose, en effet, que « lorsque la personne a été appréhendée et ramenée sous la contrainte dans les locaux des services de police judiciaire, l’officier de police judiciaire peut l’entendre librement s’il s’agit d’un délit puni d’une peine d’emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans ». La garde à vue étant possible pour les délits punis d’une peine d’emprisonnement quel que soit le *quantum*, cela signifie-t-il que la personne ramenée sous contrainte dans les locaux des services de police judiciaire et à l’encontre de laquelle il existe « une ou plusieurs raisons de soupçonner » qu’elle a participé à une infraction punie d’une peine supérieure à cinq ans d’emprisonnement devrait obligatoirement être placée en garde à vue ? Les officiers de police judiciaire n’auraient alors plus un pouvoir discrétionnaire en la matière mais une compétence liée. Cette obligation, inspirée de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, aurait l’avantage de faire bénéficier une personne déjà soumise à la contrainte du mécanisme protecteur mis en place dans le cadre de la

garde à vue. Il est, toutefois, regrettable que les auteurs de l'avant-projet de Code de procédure pénale n'aient pas été plus explicites.

Précisant ces propositions, l'avant-projet de loi sur la garde à vue présenté le 7 septembre 2010, quant à lui, posait expressément le principe de l'audition libre des personnes suspectées et du caractère subsidiaire du placement en garde à vue. Il était précisé que le fait qu'une personne ait été interpellée n'imposerait pas son placement en garde à vue « dès lors que la personne consent à être entendue librement ». Si cette proposition présentait l'avantage de ne pas subordonner le placement en garde à vue à l'existence préalable d'une certaine contrainte, elle était toutefois critiquable. En effet, le consentement de la personne semblait permettre d'écarter les dispositions protectrices de la garde à vue. Non seulement cela paraissait peu protecteur des droits des individus mais encore aurait-il fallu s'assurer que le consentement du suspect soit bien libre et éclairé.

La loi du 14 avril 2011¹ adopte une terminologie permettant d'éviter l'ensemble de ces critiques et conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. En effet, désormais, le dernier alinéa de l'article 73 du Code de procédure pénale dispose que « lorsque la personne est présentée devant l'officier de police judiciaire, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure prévues par le présent Code sont réunies, n'est pas obligatoire dès lorsqu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire ».

300. Le législateur confirme ainsi expressément la liberté d'appréciation des titulaires de la contrainte en la matière. Afin d'assurer un respect effectif de la liberté individuelle, il serait souhaitable que ce principe soit introduit de manière expresse et pour l'ensemble des mesures de contrainte. Une précision complémentaire de l'article préliminaire du Code de procédure pénale pourrait utilement être envisagée.

2°/ Une liberté d'appréciation justifiée

¹ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

301. L’attribution d’un pouvoir discrétionnaire en la matière se justifie par la volonté de protéger la liberté individuelle conformément aux justifications de la compétence discrétionnaire traditionnellement présentées en droit administratif.

302. La protection de la liberté individuelle. Il est possible d’éprouver quelques réticences face à cette liberté d’appréciation. Elle peut faire craindre un certain arbitraire. Il est, toutefois, possible, au contraire d’y voir un mécanisme permettant d’assurer l’effectivité de la liberté individuelle. En effet, qui mieux que les autorités ayant connaissance des circonstances de l’affaire est à même d’apprécier si le recours à une mesure de contrainte est nécessaire ou non ? Cette liberté d’appréciation permet une meilleure adaptation des moyens de recherche de la vérité mis en œuvre au regard des circonstances de l’affaire. Imposer un placement en garde à vue ou une détention provisoire dès lors qu’il existe à l’encontre de la personne certains indices de participation à l’infraction sans s’interroger sur l’utilité d’une telle mesure dans la procédure considérée risquerait de provoquer des mesures de contrainte excessives. La protection de la liberté individuelle en serait alors amoindrie. Seules les autorités titulaires de la contrainte peuvent procéder à l’appréciation casuistique de la nécessité puisque la loi étant générale, le législateur ne peut par définition procéder à une telle appréciation. Les justifications traditionnelles du pouvoir discrétionnaire de l’administration se retrouvent ici.

303. Les justifications traditionnelles du pouvoir discrétionnaire. Divers courants doctrinaux ont tenté de justifier l’octroi d’un pouvoir discrétionnaire à l’administration par le législateur. La justification la plus courante est fondée sur un argument pratique. Le législateur ne pouvant, par définition, envisager les éléments concrets conditionnant dans certains cas l’opportunité des décisions administratives, il est nécessaire de reconnaître à l’administration un tel pouvoir d’appréciation¹. En matière de contrainte, la protection de la liberté individuelle suppose une appréciation *in concreto* de la nécessité de la contrainte. L’attribution d’un pouvoir discrétionnaire sur ce point aux autorités titulaires se justifie par conséquent par des raisons purement pratiques liées à l’effectivité de la liberté individuelle.

¹ Voir notamment DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16^e édition, 2001, §1242.

Hauriou a, quant à lui, critiqué cette justification et proposé un autre fondement à la création d'un tel pouvoir. Selon lui, cette première justification résulte de l'idée selon laquelle la loi représente pour l'administration « des principes d'action ». L'administration est alors considérée comme une sorte d'exécutrice de la loi. En revanche, Hauriou estime que la loi constitue en réalité « des bornes, des restrictions apportées à la liberté et à l'autonomie des sujets de droit » dont l'administration fait partie. « Le pouvoir discrétionnaire apparaît donc, de ce point de vue, comme cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'administration, qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant, en droit public, du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats sur le plan international ». Il explique ensuite le cantonnement du pouvoir discrétionnaire à l'appréciation de l'opportunité des actes administratifs par le fait que les administrations ne doivent agir que « pour réaliser l'intérêt public dans ses diverses manifestations : l'ordre public et l'utilité publique »¹. Dès lors, l'administration dispose dans certains cas d'un pouvoir discrétionnaire afin de pouvoir agir au mieux de l'intérêt public.

304. Si l'on tente d'appliquer ce raisonnement aux mesures de contrainte, il est possible de considérer que le législateur octroie aux autorités un pouvoir discrétionnaire afin de leur permettre d'utiliser ou non la contrainte en fonction de ce qui, au regard des éléments de fait, paraît le plus adapter pour protéger l'ordre public.

305. Protection de la liberté individuelle et protection de l'ordre public apparaissent ainsi comme les deux fondements de l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire aux autorités titulaires quant à l'appréciation de l'opportunité de la mise en œuvre de la contrainte. Toutefois, une protection effective de la liberté individuelle et de l'ordre public suppose également une liberté quant au choix de la mesure de contrainte.

¹ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition revue et mise à jour par HAURIOU (A.), réédition Dalloz, 2002, p. 352 à 356.

B- Le choix de la mesure de contrainte

306. Les autorités titulaires de la contrainte se voient attribuer ce pouvoir afin de parvenir à une preuve d’une certaine qualité (1°). Aussi vont-elles devoir s’assurer de l’adéquation de la mesure choisie aux nécessités de la recherche des preuves (2°).

1°/ La recherche d’une preuve d’une certaine qualité

307. La méthode d’appréciation des preuves choisie par le législateur français depuis la Révolution influence la qualité de la preuve exigée.

308. La méthode d’appréciation des preuves. Le 18 janvier 1791, la Constituante a opté pour l’intime conviction absolue et la liberté des preuves¹. Pourtant, Condorcet et Robespierre souhaitaient concilier l’intime conviction et les preuves légales en exigeant qu’une personne ne soit condamnée que si les preuves déterminées par la loi étaient rapportées et à condition que ces preuves ne soient pas contraires à la connaissance et à la conviction intime du juge. Par ce choix, la Constituante manifestait sa foi en l’homme libre, ici le juge, et pensait sauvegarder la liberté individuelle². Elle rompt ainsi avec l’ordonnance de 1670 pour laquelle chaque crime étant considéré comme une atteinte au Roi et même à Dieu, la condamnation ne pouvait reposer que sur des preuves incontestables³. Depuis 1791, le système de l’intime conviction n’a jamais été

¹ Quand il s’agit d’apprécier la valeur probante des éléments de preuve réunis, divers systèmes sont envisageables. Leur principale différence est la personne compétente pour imposer sa propre certitude, à savoir soit le législateur lui-même soit le juge. Le système des preuves légales consiste pour le législateur à, en quelque sorte, tarifier à l’avance la valeur des diverses preuves en se fondant sur « l’observation expérimentale » pour reprendre les termes de Monsieur Cadène (voir CADÈNE (J.), *La preuve en matière pénale Essai d’une théorie générale*, Thèse Montpellier 1963, p. 9). Dans ce système, quand une preuve est rapportée régulièrement, elle s’impose au juge avec la valeur probante exacte que la loi ou la coutume lui attache. Le système de l’intime conviction, quant à lui, suppose que le juge apprécie librement la valeur des preuves, la loi se bornant parfois à en déterminer la recherche, la constatation et la production. Il n’existe ici aucune hiérarchie des preuves.

² Sur cette question de l’historique de l’intime conviction et de sa définition voir GILLIERON (C.), « L’évolution de la preuve pénale », *Revue pénale suisse* 1946 p. 197 à 208 ; TOURNIER (C.), *L’intime conviction du juge de jugement*, Thèse Toulon 2001, en particulier n°6, 8, 15, et 30 à 72 ; CADÈNE (J.), *La preuve en matière pénale Essai d’une théorie générale*, *op. cit.*, p. 7 ; MASSOL (V.), *La présomption d’innocence*, Thèse Toulouse I 1996, 2 tomes, n°8 à 8-2 ; LEVY (J. Ph.), « L’apport de l’antiquité au droit de la preuve », *Droits Tome 23 La preuve*, 1996, p. 3 à 11 ; CARBASSE (J.M.), *Introduction historique au droit*, PUF, 1998, n°23 et 24 et n°80 à 86 ; CARBASSE (J.M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental Classiques, 2^e édition refondue, 2006, n°98 ; VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne Cours d’histoire de la philosophie du droit*, Montchrestien, Nouvelle édition corrigée, 1975, p. 109 à 114 ; DESMONS (E.), « La preuve des faits dans la philosophie moderne », *Droits Tome 23 La preuve* 1996 p. 13 à 19.

³ Le droit canonique, à partir du XIII^e siècle, estimait que lorsque la preuve de la culpabilité n’était pas complète l’individu devait être relaxé. En effet, il était souligné que le procès pénal met en jeu la vie et l’honneur des hommes.

remis en cause en France, malgré certaines réserves¹. Reconnue dans un premier temps pour la seule Cour d'assises par le Code napoléonien, elle a ensuite été étendue par la pratique aux tribunaux correctionnels et de police, extension confirmée par la suite par le législateur².

309. Pourtant, l'intime conviction reste difficile à définir³. Certains auteurs, peu favorables à ce système l'ont assimilé à l'arbitraire du juge, affirmant que ce dernier décide en fonction de son sentiment⁴. Certains juges pourraient se déclarer convaincus de la culpabilité ou de l'innocence d'une personne plus facilement que d'autres⁵. D'ailleurs, la Cour de cassation souligne que « la conviction des juges relève exclusivement de leur conscience et échappe de ce fait à son contrôle »⁶, les juges n'ayant pas à « rendre compte des éléments de conviction dont ils font dépendre leur décision »⁷. La vérité judiciaire est par nature relative¹.

Le droit canonique reprenait sur ce point le Digeste selon lequel « il vaut mieux laisser un coupable impuni plutôt que de condamner un innocent ». En revanche, sous l'Ancien Régime la jurisprudence laïque avait gradué les issues du procès pénal, prévoyant des solutions intermédiaires entre l'innocence et la culpabilité. En l'absence de certitude soit de la culpabilité soit de l'innocence, le juge pouvait rendre soit une décision de mise hors de cour soit un jugement de plus ample informé. Dans le premier cas, l'individu était reconnu innocent mais pas totalement puisqu'il ne pouvait pas obtenir de dommages et intérêts de la part de la partie civile contrairement à une personne ayant bénéficié d'un jugement d'absolution. Le jugement de plus ample informé était, quant à lui, rendu lorsque les preuves réunies à l'encontre d'une personne étaient encore plus importantes mais pas suffisantes pour entraîner une condamnation. Lors de ce second type de jugement, le juge ne statuait pas sur le sort de la personne poursuivie. Ce jugement pouvait être prononcé soit « à temps », l'individu étant alors obligé de « garder prison » pour une durée allant de trois mois à deux ans, soit « *usquequo* » ceci impliquant la libération de la personne mais le maintien de l'accusation sans date limite. Voir ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4^e édition, 1999, n°103 ; CARBASSE (J.M.), *Introduction historique au droit*, PUF, 1998, n°99 ; GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1907, n°232.

¹ En 1946, un auteur s'est interrogé sur un début de retour au système des preuves légales en Suisse. Selon lui, ce retour serait caractérisé par un appel restreint, voir inexistant, au jury populaire, une importance essentielle donnée par les juges et l'opinion à l'aveu de l'accusé, le fait que le juge doive s'en remettre au rapport de l'expert quant à la personnalité de l'individu, et surtout la disparition de la peine fixe, cette dernière ramenant inconsciemment le juge au système de la preuve légale. Voir GILLIERON (C.), « L'évolution de la preuve pénale », *Revue pénale suisse* 1946 p. 197 à 208. Il est possible de se demander si les mêmes remarques ne peuvent être envisagées en droit français.

² Articles 427 et 536 du Code de procédure pénale.

³ LECLERC (H.), « Les limites de la liberté de la preuve Aspects actuels en France », *RSC* 1992 p. 15 à 29.

⁴ Certains auteurs tels que Ferri, Garraud ou Tarde, ont même stigmatisé l'intime conviction en prenant pour exemple le jury de Cour d'assises. Sur ce point voir FERRI (H.), *La sociologie criminelle, traduction de Ferri (H.) sur la troisième édition italienne complètement refondue et mise au courant de la science du droit pénal et de la procédure criminelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1893, p. 470 à 472 ; GARRAUD (P.), *La preuve par indices dans le procès pénal Evolution de cette preuve au point de vue juridique et au point de vue technique*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913, p. 76 et 77.

⁵ CADENE (J.), *La preuve en matière pénale Essai d'une théorie générale, op. cit.*, p. 97 et 98 ; BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires, Tome 1, traduit par Dumont (E.)*, éd. Bossange Frères Libraires Editeurs, 2^e édition revue et augmentée, 1830, p. 394.

⁶ Crim. 3 janvier 1978, *Bull.* n°1 (deux arrêts) ; Crim. 12 mai 1971, *Bull.* n°153.

⁷ Crim 30 octobre 1924, *D.H.* 1924 p. 653 ; Crim. 13 janvier 1960, *Bull.* n°17 ; Crim. 11 juin 1985, *Bull.* n°226 ; Crim. 28 mai 1957, *Bull.* n°452 ; Crim. 3 juin 1957, *Bull.* n°473 ; Crim. 6 octobre 1960, *Bull.* n°434 ; Crim. 28 avril 1980, *Bull.* n°122. Les juges ne sont pas liés par l'un des éléments du dossier, tels que les rapports d'expertise : notamment Crim. 6 décembre 1962, *Bull.* n°363 ; Crim. 18 mars 1965, *Bull.* n°83. Les juges peuvent même écarter certains de ces éléments sans avoir à se justifier : notamment Crim. 14 avril 1955, *Bull.* n°300 ; Crim. 29 mars 1960, *Bull.* n°176 ; Crim. 7 décembre 1960, *Bull.* n°574 ; Crim. 1^{er} février 1972, *Bull.* n°38. La seule limite à ce pouvoir souverain

310. Cependant, l’intime conviction ne renvoie pas au seul sentiment du juge, elle suppose un raisonnement, une méthode caractérisée par l’utilisation du doute². Au cours d’un jugement pénal, un certain nombre d’éléments à charge et à décharge vont être présentés aux juges qu’ils soient professionnels ou de simples jurés. La présentation de ces éléments a pour but de permettre à ceux-ci de se déterminer après une analyse et une appréciation critique³. Du fait de son obligation de motiver sa décision relative à la culpabilité ou à l’innocence de l’individu poursuivi, sous peine de censure par la Cour de cassation, le juge est amené à s’interroger sur les éléments du dossier qui l’ont conduit à considérer comme établi tel fait et non tel autre fait et à les exposer de manière claire et logique⁴. La Cour de cassation vérifie, selon l’expression traditionnelle que « c’est sans défaut ni contradiction de motifs que [le juge] a justifié sa décision »⁵. Le doute va ainsi se manifester à chaque étape de l’appréciation des éléments réunis⁶. Il s’agit d’un doute provisoire consistant à émettre des hypothèses tout au long de la procédure,

d’appréciation de la force probante des éléments de preuve est que ces éléments aient été soumis au débat contradictoire : voir notamment Crim. 9 février 1955, *Bull.* n°93 ; Crim. 3 juin 1957, *Bull.* n°476 ; Crim. 26 décembre 1961, *Bull.* n°560 ; Crim. 23 janvier 1964, *Bull.* n°27 ; Crim. 29 mars 1977, *Bull.* n°116. Sur ce point voir LEVASSEUR (G.), « Le droit de la preuve en droit pénal français », in sous la direction de PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), *La preuve en droit, Travaux du centre national de recherche de logique*, Bruylant, 1981, p. 175 à 197 ; et LEGROS (R.), « La preuve légale en droit pénal », in *ibid.*, p. 149 à 173 ; BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 22^e édition, 2010, n°150.

¹ LEVY-BRUHL (H.), *La preuve judiciaire Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Compagnie, coll. Petite Bibliothèque sociologique internationale, 1964, p. 22. Dans le même sens voir COTTA (S.), « *Quidquid latet apparebit* : le problème de la vérité du jugement », *APD Tome XXXIX Le procès*, 1995, p. 219 à 228.

² Sur l’ensemble de ce point voir MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel Tome II Procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001, n°213 ; GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, 487 pages ; TOURNIER (C.), *L’intime conviction du juge de jugement*, Thèse Toulon 2001, surtout n°88 à 91, 122 à 138 et 230 à 233 ; ZOLLINGER (L.), « L’intime conviction du juge », in *L’innocence, Travaux de l’Institut de criminologie de Paris*, éd. Néret, 1977, p. 33 à 44 ; ANCEL (J.P.), « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit, étude sous l’égide de l’Institut de formation continue du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991*, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 21 à 30 ; FLAESCH (C.), « Le doute du policier », in *ibid.*, p. 31 à 36 ; LECLERC (H.), « Le doute devoir du juge », in *ibid.*, p. 49 à 56 ; SEVE (R.), « Doubter c’est décider : nature et caractère constructifs du doute », in *ibid.* p. 119 à 124 ; PERELMAN (Ch.), « Raisonnement juridique et logique juridique », *APD Tome XI La logique du droit*, 1966, p. 1 à 6.

³ GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique, op. cit.*, p. 18.

⁴ Par exemple Crim. 24 juillet 1979, *Bull.* n°248 : « justifie sa décision de condamnation du chef d’excès de vitesse hors agglomération, relevé au moyen d’un appareil automatique, la Cour d’appel qui déduit sa conviction non seulement des constatations du procès verbal, mais aussi du témoignage de l’un des gendarmes verbalisateurs ainsi que d’autres considérations de fait que l’arrêt expose ». Sur ce point voir ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence*, édition La Porte, Rabat, 1971, n°476 ; GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique, op. cit.*, p. 17 ; Crim. 3 janvier 1978, *Bull.* n°1.

⁵ Voir notamment Crim. 14 avril 1955, *Bull.* n°299 ; Crim. 30 octobre 1956, *Bull.* n°689 ; Crim. 7 février 1962, *Bull.* n°85 ; Crim. 11 mars 1964, *Bull.* n°89 ; Crim. 12 mai 1971, *Bull.* n°153.

⁶ LECLERC (H.), « Les limites de la liberté de la preuve Aspects actuels en France », *RSC* 1992 p. 15 à 29 ; Crim. 7 janvier 1958, *Bull.* n°20 ; Crim. 30 avril 1964, *Bull.* n°143 ; Crim. 17 novembre 1971, *Bull.* n°313.

pour finalement ne retenir que l'hypothèse la plus vraisemblable au regard des éléments de preuve réunis¹.

311. Il est, toutefois, possible que plusieurs hypothèses restent envisageables. Le doute n'est plus simplement provisoire mais insurmontable. Le doute doit alors être favorable à la personne poursuivie et celle-ci doit être relaxée ou acquittée². Malgré les propositions de certains auteurs¹, il

¹ Voir sur ce point BREDIN (J.D.), « Le doute et l'intime conviction », *Droits n°23, La preuve*, 1996, p. 21 à 29; TERRE (F.), « Rapport de synthèse », in *Le doute et le droit, Etude sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, Actes du colloque du 12 avril 1991, op. cit.*, p. 1 à 12; MARTIN (J. Cl.), « La démarche historique face à la vérité judiciaire : juges et historiens », *Droit et société Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* n°38, 1998, p. 13 à 20; EDELMAN (B.), « L'office du juge et l'histoire », *Droit et société Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* n°38, 1998, p. 47 à 58; MASSOL (V.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, notamment n°220 et 334; MAYER (M.), « Le doute et la décision définitive », in *Le doute et le droit, op. cit.*, p. 111 à 118; NAGOUAS-GUERIN (M.C.), « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale », *RSC* 2002 p. 283 à 292; et la thèse de cet auteur soutenue à Bordeaux IV *Le doute en matière pénale*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2002, 444 pages; BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires, Tome 1, op. cit.*, p. 147, 395 à 399 et 457 à 458; TOURNIER (C.), *L'intime conviction du juge de jugement, op. cit.*, n°10, 14, 129 et 479.

² Voir notamment Crim. 22 juin 1960, *Bull.* n°339; Crim. 2 mai 1973, *Bull.* n°194. Cette règle adoptée à la Révolution n'a pas été remise en cause depuis. Cependant, à lire certains auteurs, il est possible de trouver des exemples relativement récents dans lesquels les juges n'ont pas hésité à rechercher une solution de compromis entre l'innocence et la culpabilité, par exemple en condamnant en tout ou partie l'individu acquitté ou relaxé aux dépens. Sur ce point voir BREDIN (J.D.), « Le doute et l'intime conviction », *Droits n°23 La preuve*, PUF, 1996, p. 21 à 29; ESSAÏD (M.J.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, n°497; LEAUTE (J.), « Le caractère irréparable de la perte de l'innocence », in *L'innocence, Travaux de l'Institut de criminologie de Paris*, éd. Nérét, 1977, p. 3 à 13, particulièrement p. 6 et 7; ZOLLINGER (L.), « L'intime conviction du juge », in *ibid.*, p. 33 à 44, particulièrement p. 39. Certains auteurs ont proposé de faire jouer la règle du doute favorable au prévenu en cas de doute insurmontable quant au sens à donner à une règle de droit. Cependant, cette hypothèse d'application du doute favorable reste d'un intérêt principalement doctrinal, en particulier en raison du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi et de l'interdiction du déni de justice. Sur ce point voir NAGOUAS-GUERIN (M.C.), « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale », *RSC* 2002 p. 283 à 292; MASSOL (V.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, n°56; ESSAÏD (M.J.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, n°491 et 492. D'ailleurs la Cour de cassation dans un arrêt du 12 mars 1984 a estimé que « le juge pénal ne peut accorder au prévenu le bénéfice du doute, au motif que la loi visée par la prévention est obscure ou que son interprétation est incertaine, sans méconnaître ses obligations et violer l'article 4 C. civ. ». Cet arrêt répond ainsi clairement à la controverse doctrinale mais semble être le seul arrêt à s'être intéressé à la question, du moins à notre connaissance. Crim. 12 mars 1984, *D.* 1985 p. 1 note WARENBOURG-AUQUE (F.). Pour un « inventaire » complet des manifestations de la règle du doute favorable en droit français voir : MASSOL (V.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, n°62; VINEY (G.), « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.* 1994 Chr. p. 301 à 307; DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel, Nouvelle édition revue corrigée et augmentée des 3^e et 4^e livres du droit public*, Cellot Libraire-Imprimeur, 1777, 1^e partie, Livre I, Titre I, Section II, §XVI; PAISANT (G.), « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995 Chr. p. 99 à 108; HUET (J.), « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP* 1994 I 309; MAZEAUD (H., L., et J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Tome II / Premier volume, Obligations théorie générale*, Montchrestien, 9^e édition, 1998, p. 344 note sous Civ. 10 mai 1948; PACTET (C.), « Le contentieux des conventions collectives », *Droit Social* 1973 p. 102 à 117 particulièrement le n°22; MOREAU (M.), « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Droit social* 1995 p. 171 à 177; VACHET (G.), « L'interprétation des conventions collectives », *JCP* 1992 I 186 particulièrement le n°8; LHUILIER (G.), « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation Réflexions sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », *Droit social* 1995 p. 162 à 170; MOREAU (M.), « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Droit social* 1995 p. 359 à 364; TAQUET (F.), *La rupture du contrat de travail*, éd. EFE, collection Référence première, 2002, p. 23; FAVENNEC HERY (F.), « Licenciement : le dénouement de l'imbroglie probatoire », *Droit social* 1990 p. 178 à 187; Cons. Const. Décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989 Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *Droit social* 1989 p. 627 à 630.

semble impossible de fixer mathématiquement un seuil de certitude, ce dernier variant d’un magistrat à l’autre en raison de la part de subjectivité qu’impliquent aussi bien l’intime conviction que le doute favorable². Cette subjectivité est contrebalancée par la méthode rationnelle que suppose le doute. La règle du doute favorable impose au juge la même rigueur en cas de relaxe ou d’acquittement qu’en cas de condamnation, voir peut-être encore plus dans le premier cas que dans le second³. Le doute favorable doit être raisonnable⁴, ce dernier terme impliquant à la fois la modération et une certaine logique. La reconnaissance de l’innocence ne doit pas être fondée uniquement sur le sentiment du juge. Cela serait tout autant préjudiciable à l’ordre public⁵ que la condamnation d’un innocent.

¹ TRUCHE (P.), « Le doute sur le fait ou le problème de la preuve », in *Le doute et le droit*, *op. cit.*, p. 43 à 48.; ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence*, *op. cit.*, n°479 ; POMPE (W.P.J.), « La preuve en procédure pénale », *RSC* 1961 p. 269 à 291, particulièrement p. 283 à 291.

² Voir NAGOUAS –GUERIN (M.C.), *Le doute en matière pénale*, *op. cit.*, en particulier n°359, mais aussi n°518 et 521 à 546 ; BREDIN (J.D.), « Le doute et l’intime conviction », *Droits n°23 La preuve*, 1996, p. 21 à 29, particulièrement p. 25.

³ Crim. 22 juin 1960, *Bull.* n°339. Voir aussi Crim. 20 novembre 1969, *Bull.* n°311 ; Crim. 15 juin 1973, *Bull.* n°268 ; Crim. 13 mars 1989, *Bull.* n°120 ; Crim. 3 février 1992, *Bull.* n°47 ; Crim. 30 octobre 1962, *Bull.* n°300 ; Crim. 27 avril 1968, *Bull.* n°124 ; Crim. 17 juillet 1973, *Bull.* n°332 ; Crim. 22 juin 1976, *Bull.* n°229 ; Crim. 19 juin 1979, *Bull.* n°215 ; Crim. 11 octobre 1995, *Bull.* n°303. Pour un exemple dans lequel la Cour d’appel a parfaitement expliqué pourquoi il subsistait un doute suffisamment important, « sérieux », pour bénéficier au prévenu voir Crim. 9 mai 1962, *Bull.* n°185. Voir également Crim. 2 mai 1973, *Bull.* n°194 ; Crim. 22 juin 1987, *Bull.* n°257 ; Crim. 7 juin 1988, *Bull.* n°259. Voir sur ce point notamment NAGOUAS-GUERIN (M.C.), *Le doute en matière pénale*, *op. cit.*, n°544 à 545 et 548 ; ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence*, *op. cit.*, n°471 et 724.

⁴ Si la notion de doute raisonnable n’existe pas en tant que telle en droit français, le droit anglo-saxon la reconnaît de manière expresse. Pour certains auteurs il est impossible de comparer ces deux doutes. Comme le doute favorable français, le *reasonable doubt* implique une certitude de la part du juge pour que celui-ci puisse condamner la personne poursuivie. De plus, comme en droit français, la question s’est posée de savoir s’il était possible de donner une définition quantitative du standard du *reasonable doubt*. Il semble que les juridictions saisies de ce problème aient finalement décidé qu’il était impossible de quantifier ce standard. Enfin, au même titre que la règle du doute favorable française, le standard anglo-saxon de la preuve au-delà de tout doute raisonnable a pour but de restreindre le pouvoir de l’Etat en cas de sanction d’un individu et, ainsi, de sauvegarder la liberté individuelle en limitant les risques d’arbitraire. Il apparaît, par conséquent, possible d’assimiler le doute favorable français et le doute raisonnable anglo-saxon, les deux ayant les mêmes conséquences pratiques quant au degré de certitude permettant la condamnation de la personne poursuivie et le même fondement. Sur cette question voir notamment SPENCER (J.R.), « Evidence », in sous la direction de DELMAS-MARTY (M.) et SPENCER (J.R.), *European Criminals Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 595 à 640, particulièrement p. 600 à 602 ; SPENCER (J.R.), *La procédure pénale anglaise*, PUF, Que sais-je ?, 1998, p. 40 à 42 ; ROUSSELLE (S.), *La preuve*, Bruylant, coll. Common law en poche, 1997, p. 13 à 17 ; CEDRAS (J.), *La justice pénale aux Etats-Unis*, Economica et PUAM, Coll. Le point sur, 1990, p. 332 ; FORIERS (P.), « Considérations sur la preuve judiciaire », in sous la direction de PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.), *La preuve en droit*, *op. cit.*, p. 315 à 329, particulièrement p. 329 ; SALTZBURG (S.A.), DIAMOND (J.), KINPORTS (K.) et MORAWETZ (T.H.), *Criminal law*, Lexis Publishing, second edition, 2000, p. 35 et 36.

⁵ BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires, Tome II, traduit par Dumont (E.)*, Bossange Frères Libraires-éditeurs, 2^e édition revue et augmentée, 1830, p. 22 à 24. Cette exigence d’une preuve d’une certaine qualité est l’une des conséquences de la présomption d’innocence. En effet, Si la présomption d’innocence, présomption antéjudiciaire, attribue la charge de la preuve pénale au ministère public, elle lui indique également le « degré », la qualité de la preuve qu’il doit apporter, en influençant la conduite du juge lors de l’appréciation de cette preuve. Les présomptions antéjudiciaires sont, selon les termes de Bentham, « vagues et ont généralement peu de force, mais elles peuvent servir à guider dans l’obscurité jusqu’à ce qu’on ait obtenu les preuves particulières, ou à faire pencher la balance lorsqu’on est dans le doute entre des preuves contradictoires ». Voir BENTHAM (J.), *Traité des preuves judiciaires, Tome II, traduit par Dumont (E.)*, *op. cit.*, p. 11. Cette dernière affirmation ne peut que renvoyer à la notion de doute favorable du procès pénal. Sur ce point voir CORSO (P.), « Le droit italien, in Actes du séminaire international tenu à l’Institut

312. Conséquences sur la preuve exigée. Le choix de l'intime conviction implique une certaine qualité de la preuve apportée. La Cour de cassation n'a pas hésité à casser une décision de juges du fond ayant relaxé une personne au bénéfice du doute en raison de l'incertitude persistant malgré les investigations entreprises. Selon la Cour, il leur « appartenait d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires »¹. Fonder une décision sur une défaillance des preuves due à un arrêt prématuré dans la recherche de la vérité peut être comparé à un déni de justice, le juge refusant d'aller jusqu'au bout de sa mission.

Le ministère public se voit ainsi contraint d'apporter une preuve d'une qualité suffisante. Cela peut, dans certains cas, s'avérer difficile. En effet, la nature même du procès pénal oblige à reconstruire la vérité *a posteriori*, les preuves préconstituées étant par définition impossibles en la matière contrairement au procès civil, puisqu'il s'agit ici de prouver un fait et non un acte juridique. Ces preuves sont plus ou moins dissimulées en raison principalement du temps écoulé depuis l'infraction. La nécessité de recourir à une mesure de contrainte apparaît². Par exemple, la possibilité d'empêcher une personne susceptible de détenir des informations de s'éloigner des lieux de commission de l'infraction permettra d'entendre très rapidement les témoins. De même, la perquisition et la saisie consécutive vont éviter la disparition de certaines preuves et permettre l'accès à des preuves que l'auteur de l'infraction aura dissimulé dans les locaux faisant l'objet de la perquisition. La nature de certaines infractions implique également une part de dissimulation. Il n'est qu'à reprendre les exemples traditionnels du recel, de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux pour s'en convaincre. Certaines mesures de contrainte, telles que la perquisition, seront alors l'un des meilleurs moyens de parvenir à établir une preuve du détournement ou de la détention incriminés. Enfin, le contexte de commission de certaines infractions peut être un obstacle à la preuve de l'infraction. Ainsi, en matière d'infractions sexuelles sur mineurs, la famille

Supérieur International de sciences criminelles de Syracuse du 20 au 25 janvier 1992 », *RIDP* 1992 p. 205 à 206. D'ailleurs, Ferri proposait, particulièrement en présence d'un criminel né ou d'habitude, de supprimer la règle du doute favorable qui veut qu'en l'absence de certitude de la culpabilité l'individu poursuivi soit relaxé et de réintroduire une solution intermédiaire entre l'innocence et la condamnation, à savoir une décision de non prouvé. Ceci permettrait d'éviter qu'une certaine suspicion plane sur les véritables innocents malgré une décision judiciaire reconnaissant cette innocence. Cependant, il ne faut pas oublier que cet auteur était défavorable à la règle de la présomption d'innocence. Le doute favorable étant un corollaire de celle-ci, il est logique que cet auteur remette également en cause cette règle. FERRI (H.), *La sociologie criminelle, traduction de Ferri (H.) sur la 3e édition italienne complètement refondue et mise au courant de la science du droit pénal et de la procédure criminelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1893, p. 436.

¹ Voir notamment Crim. 30 octobre 1962, *Bull.* n°300 ; Crim. 27 avril 1968, *Bull.* n°124 ; Crim. 17 juillet 1973, *Bull.* n°332 ; Crim. 22 juin 1976, *Bull.* n°229 ; Crim. 19 juin 1979, *Bull.* n°215 ; Crim. 11 octobre 1995, *Bull.* n°303.

² Sur l'idée selon laquelle la puissance des moyens laissés à la disposition du ministère public pour recueillir la preuve pénale, notamment la détention provisoire, est due aux difficultés de la preuve pénale conséquences de la présomption d'innocence voir PATARIN (J.), « Particularisme de la théorie de la preuve en droit pénal », *in* sous la direction de STEFANI (G.), *De quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Librairie Dalloz, 1956, p. 7 à 76., plus particulièrement n°24 ; ESSAID (M.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, n°6, n°151 à 153.

ou l’environnement quotidien des enfants sont régulièrement le cadre de commission de cette infraction, favorisant ainsi le silence des témoins et des victimes elles-mêmes¹. Seront alors déterminantes certaines mesures de contrainte telles que les preuves scientifiques résultant de l’examen médical des suspects ou la possibilité de tenir à l’écart ceux-ci par un contrôle judiciaire ou une détention provisoire selon le cas de figure.

313. Les autorités chargées de la recherche des preuves vont ainsi devoir mettre en œuvre les mesures de contrainte les plus adaptées à l’affaire pour parvenir à cette qualité de preuve exigée par le système de l’intime conviction et du doute favorable.

2°/ L’adéquation de la contrainte aux nécessités de la recherche des preuves

314. L’ensemble des dispositions internes relatives aux mesures de contrainte font référence à la nécessité de la mesure pour la recherche des preuves ou aux nécessités de l’enquête. La nécessité est ainsi devenue un véritable standard encadrant le choix des mesures de contrainte mises en œuvre.

315. La référence systématique à la nécessité. Le législateur a, peu à peu, pris soin de souligner pour chacune des mesures de contrainte l’impératif de nécessité.

316. Ainsi, en matière de garde à vue, si le projet de Code de procédure pénale n’avait pas prévu de justification à cette mesure, cette condition a été introduite par l’Assemblée nationale lors des travaux préparatoires². Jusqu’à la réforme de 2011, l’article 63 du Code de procédure pénale dispose que « l’officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l’enquête, placer en garde à vue [...] ». Depuis la loi du 12 avril 2011, l’article 62-2 souligne que la garde à vue doit être l’unique moyen de parvenir à un certain nombre de fins tendant à éviter la disparition des

¹ KATZ (C.), « La preuve en matière de harcèlement sexuel : pas vu, pas pris ? », *Gaz. Pal.* 1998, 1^{er} semestre, doct. p. 688 à 690 ; CRETIN (T.), « La preuve impossible ? De la difficulté d’administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *RSC* 1992 p. 53 à 58. Voir également sur ce point le Rapport rendu en février 2005 par le groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l’affaire dite « d’Outreau ».

² MATSOPOULOU (H.), *L’enquête de police*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 1996, n°751.

preuves ou à « permettre les investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ».

Quant aux perquisitions, depuis l'ordonnance du 4 juin 1960, elles peuvent être mises en œuvre dans le cadre d'une enquête de flagrance, ou, par renvoi à l'article 56, dans le cadre d'une enquête préliminaire, « si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents [...] ».

Le législateur ayant expressément prévu le caractère alternatif du contrôle judiciaire et de la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention va être obligé de comparer l'efficacité de ces deux mesures au regard des circonstances de l'affaire et des nécessités de la recherche de la vérité. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis que le placement en détention provisoire d'une personne était justifié par un risque de pression sur les témoins dans une affaire où le mis en examen avait fait connaître à l'un des témoins « qu'il pouvait recourir à des relations musclées »¹ compromettant l'obtention des témoignages et de ce fait la recherche de la vérité. En revanche, le risque de fuite est jugé peu important et insuffisant pour justifier une détention provisoire quand la personne s'est conformée aux dispositions du contrôle judiciaire auquel elle a été soumise, est mère de huit enfants et exploite un fonds de commerce qui est son unique source de revenu².

317. De même, l'enquête de flagrance, qui permet le recours à une contrainte plus importante que le cadre de droit commun que constitue l'enquête préliminaire, est organisée autour de l'idée que la contrainte est nécessaire en raison de l'urgence à recueillir les preuves. L'urgence n'est qu'une catégorie de la nécessité³. En effet, les différentes hypothèses énumérées par l'article 53 du Code de procédure pénale⁴ soulignent combien la situation est urgente, combien les éléments

¹ Crim. 18 septembre 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°160 note MARON (A.). Voir également Crim. 9 janvier 1997, *Gaz. Pal.* 1^{er} sem. 1997 Chr. de droit criminel p. 108 ; Crim. 16 septembre 1997, *Bull.* n°296 ; Crim. 18 septembre 1997, *Bull.* n° 303 et 304 ; Crim. 5 janvier 1999, *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°20 note MARSAT (C.) ; Crim. 9 juin 1999, *Gaz. Pal.* 1999 Chr. p. 160 ; Crim. 8 octobre 2002 pourvoi n°02-85.085 (inédit) ; Crim. 1^{er} mars 2005, *Bull.* n°73 ; CEDH 10 novembre 1969, *Stögmüller contre Autriche*, Requête n°1602/62 ; CEDH 9 novembre 1999, *Debboub alias Hussein Ali contre France*, Requête n°37786/97.

² CEDH 26 juin 1991, *Letellier contre France*, Requête n°12369/86, *RSC* 1991 p. 805 à 814 obs. PETTITI (L.E.). Voir également dans le sens de la suffisance du contrôle judiciaire Douai 17 juin 1997, *D.* 1997 p. 593 note GUERY (C.) ; Crim. 30 octobre 1990, *Bull.* n°364, *D.* 1991 p. 292 note MAYER (D.), *D.* 1991 SC p. 211 ; Crim. 17 octobre 1991, *Aff. Touvier*, *Bull.* n°355 ; Crim. 7 avril 1998, *Bull.* n°135 ; Crim. 5 mars 2003, *Bull.* n°59.

³ Voir DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998, n°585 ; MAYER (D.), « Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit », *D.* 1980 Chr. p. 99 à 102 ; DEBOVE (F.) « L'urgence en droit pénal », *Mélanges Decocq Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 176 à 186.

⁴ L'enquête de flagrance ne peut être mise en œuvre selon l'article 53 du CPP, que si « le crime ou le délit vient de se commettre ; [...] lorsque dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé

de preuve qui existent juste après la réalisation de l’infraction doivent être recueillis avant tout dépérissement rendant la recherche de la preuve plus difficile. La mise en œuvre de la contrainte apparaît alors comme le moyen d’éviter ce dépérissement qui est extrêmement rapide lorsqu’il s’agit d’éléments matériels tels que le supposent les différentes hypothèses de la flagrance.

Cette urgence à recueillir les preuves explique également que pour des infractions graves et par nature occultes, le législateur autorise la mise en œuvre d’un cas de contrainte sans respect de certaines règles essentielles. Ainsi, en matière de criminalité organisée, le juge d’instruction peut ordonner des perquisitions en dehors des heures légales en vertu de l’article 706-89 du Code de procédure pénale. « Dans ce domaine dominé par l’événement inattendu, brutal, et imprévisible, le temps est entièrement absorbé au service de la performance et de l’efficacité des services d’enquête. [...] Seule l’action immédiate, de jour comme de nuit, peut éviter de sombrer dans le chaos »¹.

318. Depuis la loi du 15 juin 2000², l’article préliminaire du Code de procédure pénale dispose que les mesures de contrainte « doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure ». La comparaison des différentes mesures afin de déterminer la mesure la plus adéquate est, par conséquent, devenue un principe général applicable à l’ensemble des mesures de contrainte.

319. Le standard de nécessité. Lors de la mise en œuvre de la contrainte, l’autorité titulaire de la contrainte va établir une sorte de balance entre l’atteinte à la liberté individuelle et l’apport de la mise en œuvre de la mesure envisagée pour la recherche de la preuve dans l’affaire en question.

320. En effet, la nécessité « exprime un rapport entre une situation de fait et un moyen, tant il est vrai qu’elle s’analyse en un standard variable par essence avec le temps, le lieu et les autres circonstances. Elle désigne une situation dans laquelle l’individu qui y est confronté doit normalement réagir, constituant ainsi pour le législateur et pour le juge un instrument de mesure

au crime ou délit ». Cette disposition est reprise sans modification par l’article 311-28 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

¹ DEBOVE (F.), « L’urgence en droit pénal », in *Mélanges Decocq (A.), op. cit.*, p. 176 à 186. Certes, cette remarque n’est faite que pour le terrorisme. Cependant, il semble possible de reprendre les mêmes arguments en matière de trafic de stupéfiants en raison de l’organisation et du caractère occulte de cette infraction, et plus récemment de manière générale, pour toutes les hypothèses de criminalité organisée.

² Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes.

des comportements et des situations »¹. La contrainte étant l'exception et la liberté le principe, la justification des décisions de mise en œuvre de la contrainte par sa nécessité au regard de la recherche de la preuve apparaît comme une condition de celle-ci. Les individus ne pourront considérer une atteinte à la liberté raisonnable que si celle-ci est réellement nécessaire². La nécessité apparaît ainsi comme un standard permettant la mise en œuvre d'une mesure de contrainte.

321. La Cour européenne des droits de l'homme impose elle-même cette condition. Ainsi, elle a considéré dans l'affaire Roemen et Schmitt contre Luxembourg que des perquisitions ayant pour objet de découvrir la source d'information d'un journaliste étaient des moyens disproportionnés dès lors que d'autres mesures que les perquisitions effectuées sur le lieu de travail ou au domicile du requérant auraient permis d'obtenir les informations nécessaires à la manifestation de la vérité³. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme fait référence à la proportionnalité et non à la nécessité de la mesure. Cependant, elle exige bien une mise en balance des différentes mesures de contrainte possibles. Il s'agit dès lors bien de la nécessité de la mesure mise en œuvre.

322. Par cette référence systématique, la nécessité devient une condition de légalité des mesures de contrainte. Toutefois, elle illustre également le pouvoir discrétionnaire des autorités titulaires de la contrainte en la matière. Pouvoir discrétionnaire et légalité ne sont pas, en effet, antinomiques.

§2- La détermination légale des critères d'appréciation

323. La loi constituant des bornes à l'action des autorités publiques, celles-ci restent soumises au principe de légalité même lorsqu'elles sont titulaires d'un pouvoir discrétionnaire. Ces autorités

¹ DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police, op. cit.*, n°585. Voir également BUISSON (J.), *L'acte de police*, Thèse Lyon III 1988, p. 636 à 643.

² PICARD (E.), *La notion de police administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1984, n°273.

³ CEDH 25 février 2003, Roemen et Schmitt contre Luxembourg, Requête n°51772/99, RSC 2004 p. 130 chr. GIUDICELLI (A.).

doivent, dès lors, respecter les critères d’appréciation de la nécessité des mesures de contrainte établis par le législateur. Les autorités titulaires de la contrainte vont ainsi être amenées à relever de manière préalable une apparence d’infraction ainsi qu’une apparence d’implication de la personne à l’égard de laquelle la contrainte est envisagée (A). Toutefois, cette détermination légale ne constitue qu’un simple cadre du pouvoir d’appréciation des autorités titulaires de la contrainte. Elle ne remet en aucun cas en cause leur pouvoir discrétionnaire quant au recours à une mesure de contrainte (B).

A- L’exigence légale d’une apparence d’infraction et d’implication

324. Une apparence d’infraction doit être relevée puisque les opérations de police judiciaire sont le cadre des mesures de contrainte (1°). En outre, la consécration légale des seuils de vraisemblance impose le constat d’une apparence d’implication de la personne à l’égard de laquelle la mesure de contrainte est envisagée (2°).

1°/ Une apparence d’infraction

325. La distinction entre police administrative et police judiciaire a fait l’objet de nombreux débats. Les limites entre les deux restent encore aujourd’hui floues malgré le choix du critère finaliste.

326. Les incertitudes de la distinction entre police administrative et police judiciaire. Selon une présentation traditionnelle, « la police se divise en police administrative et police judiciaire. La police administrative a pour objet le maintien habituel de l’ordre public dans chaque lieu. Elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la

police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir »¹. En tant qu'actes d'administration de la preuve ou moyens facilitant la recherche des preuves, les mesures de contrainte trouvent, par conséquent, leur utilité dans le cadre des opérations de police judiciaire². Elles supposent dès lors comme préalable la réalisation d'une infraction. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 avril 1970, a d'ailleurs prononcé la nullité d'une commission rogatoire prescrivant de procéder à des perquisitions visant à la recherche d'infractions « dont le juge n'était pas saisi » et « non déterminées », ces infractions pouvant ainsi être seulement éventuelles au moment de la rédaction de la commission rogatoire³. Cependant, si cette distinction est classique et paraît fondamentale pour déterminer les pouvoirs dont disposent les autorités, les critères la fondant ont fait l'objet de nombreux débats⁴. La jurisprudence pendant longtemps n'a pas appliqué systématiquement les mêmes critères. Elle invoquait tour à tour, notamment, le fait que l'agent était intervenu à la suite d'un mandat du juge d'instruction⁵, ou comme auxiliaire du ministère public⁶, ou encore disposait de pouvoirs exclusivement⁷ ou explicitement judiciaires relevant de l'exécution des lois⁸.

327. Aussi, Monsieur Delvolvé, dans ses conclusions relatives à l'affaire Baud, a-t-il synthétisé cette jurisprudence apparemment fluctuante et proposé un critère finaliste. « Le seul critérium satisfaisant peut être tiré de l'objet de leur enquête. Elle est judiciaire à partir du moment où elle a un objet précis pouvant donner lieu à des poursuites correctionnelles ou criminelles, cet objet précis ayant pu être déterminé par une dénonciation ou par leur propre découverte [...] Tant que l'agent exerce une mission de contrôle ou de surveillance générale, tant que son enquête n'est pas

¹ Code du 3 brumaire an IV. Voir également sur l'ensemble de cette question de l'apparence d'un trouble à l'ordre public BUISSON (J.), *L'acte de police*, Thèse Lyon III 1988, p. 532 à 560.

² Certes, la police administrative contient également des titres de contrainte matérielle, tels que le contrôle d'identité administratif, la détention dans l'attente d'une décision d'expulsion ou de reconduite à la frontière, ou la détention d'un individu dont l'état d'ivresse publique et manifeste a été antérieurement constaté. Voir DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, *op. cit.*, n°153. Cependant, la détention précédant l'expulsion ou la reconduite à la frontière intervenant à la suite d'une décision administrative ou judiciaire est exclue de notre étude. La détention de l'individu en état d'ivresse, quant à elle, suppose que ce dernier ait été préalablement constaté. Il y a donc bien un trouble à l'ordre public préalablement constaté puisque le fait de se trouver en état d'ivresse sur la voie publique constitue une contravention de deuxième classe selon l'article R.3353-1 du Code de la Santé publique. Ainsi, seul le contrôle d'identité administratif peut effectivement apparaître comme une atteinte à la liberté individuelle purement préventive, un tel contrôle supposant un risque sérieux de trouble à l'ordre public.

³ Crim. 16 avril 1970, *Bull.* n°134.

⁴ MOREAU (J.), « Police administrative et police judiciaire Recherche d'un critère de distinction », *AJDA* 1963 p. 68 à 83.

⁵ CE 9 novembre 1932, A. Devos, *Rec.* p. 898.

⁶ CE 6 novembre 1942, A. Dame veuve Saint-Martin Arrandia, *Rec.* p. 305.

⁷ Crim. 10 février 1888, A. Ben Aouda Bel Arbi, *S.* 1890 I p. 426 *a contrario*.

⁸ CE 22 janvier 1921, A. Gilly, *S.* 1921 III p. 41 note Hauriou (M.).

orientée sur une infraction correctionnelle ou criminelle précise, il est dans l’exercice de la police administrative »¹. Cette distinction a par la suite été reprise par la jurisprudence, en particulier du Tribunal des Conflits² et de la Cour de cassation³. Elle fonde encore aujourd’hui la présentation de cette dichotomie entre police judiciaire et police administrative⁴. D’ailleurs, l’article 14 du Code de procédure pénale définit toujours la police judiciaire au sens matériel comme étant « chargée [...] de constater les infractions à la loi pénale, d’en rassembler les preuves et d’en chercher les auteurs tant qu’une information n’est pas ouverte ».

328. Cependant, ce critère ne paraît pas toujours indiscutable en particulier lorsqu’il est généralisé. Certains auteurs remettent en cause ce critère voire la distinction entre police judiciaire et police administrative elle-même.

329. Des limites floues. Non seulement ce sont souvent les mêmes personnes qui sont chargées de la police judiciaire et de la police administrative, mais encore il paraît quelques fois difficile de distinguer ce qui relève de la prévention et de la répression des infractions. La répression a elle-même un côté préventif à l’égard des tiers par l’exemple qu’elle donne ou à l’égard de la personne qui a porté atteinte au trouble à l’ordre public en ayant pour but de l’empêcher de réitérer son infraction. D’ailleurs, la définition donnée par certains auteurs de l’enquête proactive montre cette porosité entre les deux termes de la dichotomie entre police judiciaire et police administrative⁵. De plus, certaines opérations sont dans un premier temps préventives puis répressives, la délimitation dans le temps étant alors parfois assez difficile à établir⁶.

330. Aussi, dans sa thèse relative à la notion de police administrative, Monsieur Picard critique-t-il l’application du critère finaliste par la Cour de cassation dans l’arrêt Friedel⁷.

¹ CE 11 mai 1951, A. Baud, *S.* 1952 III p. 13 concl. DELVOLVE (J.), note DRAGO (R.).

² TC 7 juin 1951, A. Noualek, *S.* 1952 III p. 20 note DRAGO (R.).

³ Crim 5 janvier 1973, Aff. Friedel, *D.* 1973 p. 541 à 544 note ROUJOU DE BOUBEE (G.), *AJDA* 1973 p. 600 note TOULEMONDE (B.); JEANDIDIER (W.) et BELOT (J.), *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale*, PUF, coll. Thémis, 1986, p. 64.

⁴ Voir notamment CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 15^e édition, 2001, n°941 à 957.

⁵ Pour une reprise de cette définition cf. supra n°44.

⁶ Sur l’ensemble de ce point voir MOREAU (J.), « Police administrative et police judiciaire Recherche d’un critère de distinction », *AJDA* 1963 p. 68 à 83 ; DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police, op. cit.*, n°153 à 169.

⁷ Crim 5 janvier 1973, Aff. Friedel, préc..

En effet, selon lui, dans cette affaire, le but des arrestations et des gardes à vue n'était pas de conduire les individus interpellés devant le juge, mais de vider les rues en raison de la manifestation prévue. Monsieur Picard fonde son observation sur le faible nombre de poursuites exercées par la suite par rapport au nombre de personnes arrêtées. Pour lui, le but de l'opération était par conséquent plus administratif que judiciaire¹. Cependant, au regard des textes, une garde à vue ne peut être ordonnée qu'en cas de recherche de la vérité dans le but de sanctionner un trouble à l'ordre public, ce qui rattache *in abstracto* la garde à vue à une opération de police judiciaire. Si l'on s'en tient à un tel raisonnement ne paraît-il pas logique que la Cour de cassation ait qualifié les opérations en cause de judiciaires ? De même, en cas de contrôles d'identité ou de titre, même si ceux-ci sont de nature administrative dans un premier temps, ne considère-t-on pas traditionnellement, comme la Cour de cassation le souligne dans l'arrêt Friedel, que la conduite au poste de police aux fins de vérifications, qui leur fait suite, constitue une opération de police judiciaire, l'individu étant alors soupçonné de commettre une infraction² ?

331. Certes, certains auteurs, tels que Madame Matsopoulou, semblent remettre en cause ce critère de l'opération de police judiciaire en soulignant qu'il « n'est pas nécessaire qu'une infraction ait été constatée préalablement pour que l'action de la police soit de nature judiciaire. Si la police judiciaire a pour but principal de constater les infractions, la constatation de celles-ci est parfois l'aboutissement de recherches longues et minutieuses qui font incontestablement partie des attributions de la police judiciaire. Par ailleurs, le caractère des opérations exécutées au cours d'une enquête de police reste judiciaire, même si l'infraction n'a pas été réellement commise »³. Cependant, ce qui va déterminer la qualification de police judiciaire ce n'est pas la constatation d'une infraction mais plutôt la constatation d'une apparence d'infraction. D'ailleurs, le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat ont déjà été amenés à qualifier d'opération de police judiciaire des hypothèses dans lesquelles les agents étaient intervenus alors que le comportement d'un

¹ PICARD (E.), *La notion de police administrative, op. cit.*, n°90. Pour plus de détails sur les différents critères de distinction proposés et la critique de la distinction voir notamment PICARD (E.), *La notion de police administrative, ibid.*, n°86 à 96 ; DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998, n°153 à 169 ; MATSOPOULOU (H.), *Les enquêtes de police, op. cit.*, n°27 à 51 ; CONTE (P.), *L'apparence en matière pénale*, Thèse Grenoble 1984, n°450 à 458.

² D'ailleurs, la chambre criminelle, dans un arrêt du 5 janvier 1973, a souligné que la vérification d'identité était possible dès lors que la carte d'identité présentée était « suspecte et que sa possession laissait présumer que des infractions pouvaient avoir été commises ». Crim. 5 janvier 1973, *Bull.* n°7, *D.* 1973 p. 541 note ROUJOU DE BOUBEE (G.).

³ MATSOPOULOU (H.), *Les enquêtes de police, op. cit.*, 1996, n°35.

individu « leur a fait croire qu’il s’agissait d’un délinquant »¹. Dans ces espèces, il existait une apparence d’infraction qui justifiait la qualification de police judiciaire. Encore faut-il se mettre d’accord sur ce que signifie l’apparence d’une infraction. Les critiques faites notamment à l’encontre de l’arrêt Friedel reviennent non pas tant à remettre en cause la distinction entre police judiciaire et police administrative ou le critère finaliste, mais bien plus la façon dont la jurisprudence interprète la notion d’apparence d’infraction².

2°/ Une apparence d’implication

332. Une certitude d’implication exceptionnelle. L’article 73 du Code de procédure pénale dispose que « dans les cas de crime ou de délit flagrant puni d’une peine d’emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l’auteur et le conduire devant l’officier de police judiciaire le plus proche ». L’utilisation par le législateur du terme « auteur » implique une certitude d’implication de l’individu appréhendé.

333. Par le biais de la notion de flagrance, le législateur renvoie à une certitude d’infraction. En effet, en vertu de l’article 53 du Code de procédure pénale, « est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l’action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d’objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu’elle a participé au crime ou au délit ». Au regard de cet article, la flagrance renvoie à une certitude de réalisation d’un trouble à l’ordre public puisque l’infraction est en cours ou très récente. Aussi, doit être cassée la décision d’une cour d’appel ayant refusé d’annuler des perquisitions estimant que « les officiers de police judiciaire étaient fondés à se saisir en flagrant délit d’infraction à la législation sur les stupéfiants » au motif que « les policiers avaient reçu un « renseignement confidentiel » selon lequel Gomez-Garzon se livrerait à la vente de stupéfiants, avaient en outre appris que celui-ci, qui avait déjà, dans le passé, été impliqué dans une affaire de cette nature, avait quitté son domicile pour habiter une chambre d’hôtel d’où il s’apprêtait à partir ; qu’ils constatent en outre qu’interpellé par les policiers, le prévenu a déclaré «

¹ TC 15 janvier 1968, A. Tayeb, *D.* 1968 p. 417 à 419 concl. De Monsieur l’avocat général SCHMELCK ; CE 19 mai 1982, A. Volbrecht, *Rec.* p. 694.

² Voir obs. DAVIA (J.) sous Crim. 8 novembre 1979, *JCP* 1980 II 19337 ; MATSOPOULOU (H.), *Les enquêtes de police, op. cit.*, n°43 ; RIVERO (J.), note sous Cons. Const. Décision n°75-76 du 12 janvier 1977 dite Fouille des véhicules et Trib. Corr. de Paris du 24 février 1978 Aff. Trignol (enlèvement du baron Empain), *AJDA* 1978 p. 215 à 218.

ne pas détenir de drogue mais avoir fait usage de cocaïne » ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation considère qu'« il appert de ces constatations qu'avant l'accomplissement des actes incriminés, aucun indice apparent d'un comportement délictueux ne pouvait révéler l'existence d'une infraction répondant à la définition donnée des crimes et délits flagrants par l'article 53 Code de procédure pénale ». Monsieur Jeandidier regrette cette décision de la Cour de cassation estimant que face à une infraction occulte telle que le trafic de stupéfiants, l'exigence d'une « apparence, des signes extérieurs » limite trop l'action de la police et « paraît aller au-delà de la lettre et de l'esprit de la loi ». Cette décision paraît critiquable non pas en ce qu'elle exige une apparence objective d'un comportement délictueux, mais en ce que le comportement de l'individu pouvait, contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation ici, constituer une telle apparence, comme le souligne Monsieur Jeandidier lui-même¹.

334. L'utilisation de la notion d'auteur, bien que surprenante à ce stade de la procédure régi par la présomption d'innocence, renvoie également à une certitude de participation de la personne à ce trouble. L'arrestation par toute personne ne peut avoir lieu qu'en l'absence de doute sur cette participation. La personne décidant de recourir à une mesure de contrainte ne remplissant pas nécessairement les qualités intrinsèques légitimant l'attribution du pouvoir de contrainte, le législateur a encadré le plus strictement possible cette faculté en exigeant, non une simple apparence, mais une certitude de participation à une infraction. Toutefois cette certitude d'implication est exceptionnelle. Le principe reste celui d'une simple apparence d'implication.

335. Le principe : une simple apparence d'implication. Comme vu précédemment, le législateur a peu à peu commencé à établir des seuils de vraisemblance constituant des conditions de mise en œuvre de la contrainte². Toutes ces notions renvoient à l'existence d'une apparence d'implication de la personne à l'égard de laquelle la mesure de contrainte est envisagée. Dans tous les cas, l'autorité ayant recouru à une mesure de contrainte doit avoir constaté préalablement l'existence d'éléments objectifs permettant de retenir avec plus ou moins de certitude l'implication de la personne soumise à cette contrainte dans la réalisation d'une infraction. Par le recours à des notions telles que « raisons plausibles de soupçonner », « indices graves et / ou concordants » par exemple, le législateur impose aux autorités titulaires des mesures de contrainte de s'interroger sur les circonstances de fait permettant de considérer qu'il existe une apparence

¹ Crim. 30 mai 1980, Aff. Gomez-Garon, D. 1981 JP p. 533 à 536 note JEANDIDIER (W.).

² Cf. supra n°141 et s.

d’infraction commise par la personne suspectée. A défaut d’une telle apparence, la mesure de contrainte mise en œuvre est illégale¹.

La Cour européenne des droits de l’homme estime dans le même sens que « l’existence de soupçons “plausibles” présuppose celle de faits ou de renseignements propres à persuader un observateur objectif que l’individu en cause peut avoir accompli l’infraction », mais “ce qui peut passer pour “plausible” dépend [...] de l’ensemble des circonstances »². « Les raisons plausibles de soupçonner [...] ne signifient pas que doit être établie à ce stade la culpabilité du suspect » puisque « c’est précisément le but de l’instruction que d’établir définitivement la réalité et la nature des infractions dont l’intéressé est accusé »³.

336. Par conséquent, « l’apparence est ici le fondement du pouvoir policier. Cette constatation [...] achève d’établir que l’apparence vraisemblable joue un rôle décisif dans la protection des libertés individuelles au stade policier de la procédure »⁴. Pour ce qui est de la contrainte utilisée lors de l’instruction, si le procureur requiert l’ouverture de cette phase de la procédure, c’est bien parce que, selon lui, il y a au moins l’apparence d’une infraction. Il est, par conséquent, possible de généraliser cette remarque à l’ensemble de la phase préalable de la procédure pénale.

B- Le cadre légal d’un pouvoir discrétionnaire

337. Malgré la définition légale des critères d’appréciation de la nécessité de la contrainte, les autorités titulaires de ce pouvoir conservent un pouvoir discrétionnaire en la matière. En effet, la notion d’apparence renvoie en réalité à un tel pouvoir (1°). De plus, l’erreur d’appréciation commise en la matière par les autorités titulaires de la contrainte ne peut être sanctionnée (2°).

1°/ Le renvoi à un pouvoir d’appréciation

¹ Civ. 1^{er} 25 octobre 2005, *Dr. Pen.* 2006 Comm. n°44 note MARON (A.).

² CEDH 30 août 1990, Fox, Campbell et Hartley, Requête n°12244/86 ; 12245/86 ; 12383/86, §35.

³ CEDH 11 janvier 2001, N.C. contre Italie, Requête n°24952/94, §44 et 45, *RSC* 2002 p. 415 à 416 obs. MASSIAS (F.) ; CEDH 6 avril 2000, Aff. Labita contre Italie, Requête n°26772/95, §155.

⁴ CONTE (P.), « Un aspect de l’apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale », *RSC* 1985 p. 471 à 503.

338. Il n'existe pas de définition légale de l'apparence qu'il s'agisse de l'apparence d'infraction ou de l'apparence d'implication. Il est, dès lors, nécessaire de se tourner vers la jurisprudence pour essayer de procéder à une définition. Toutefois, l'absence de définition légale de l'apparence et les tentatives jurisprudentielles soulignent le pouvoir d'appréciation des autorités titulaires de la contrainte en la matière.

339. Tentative de définition de l'apparence d'infraction. La jurisprudence exige que l'apparence d'infraction résulte de certains éléments objectifs¹ bien qu'une part de subjectivité ne soit pas totalement exclue. L'intime conviction intervient pour interpréter ces éléments objectifs.

340. Ainsi, la jurisprudence semble relativement hésitante lorsqu'il s'agit de définir ce qui constitue un cas de flagrance². Au regard de la jurisprudence, il semble possible de dire que, pour caractériser la flagrance, l'existence d'un indice objectif permettant de considérer que l'on se situe dans l'une des hypothèses déterminées par la loi doit être relevée avant de pouvoir agir. L'apparence d'infraction doit découler d'un ou plusieurs indices extérieurs constatés préalablement à l'opération³. La difficulté est de savoir ce qui constitue de tels indices. Les juridictions ont retenu une forte odeur de cannabis constatée lors d'un contrôle routier⁴ ainsi que la dénonciation de la victime⁵ ou par un tiers non anonyme⁶. En revanche, ni le simple soupçon⁷,

¹ Dans l'affaire Trignol, la Cour de cassation semble s'être détachée de cette exigence. En effet, dans l'arrêt du 8 novembre 1979, elle a considéré que commet un délit un individu se trouvant dans une ville où venait d'avoir lieu l'enlèvement du Baron Empain et qui refuse d'ouvrir le coffre de sa voiture à la demande de la police agissant en flagrance alors même qu'il était « au courant des faits ayant motivé ces recherches et informé par le policier des dispositions régissant les crimes et délits flagrants ». Crim. 8 novembre 1979, *Bull.* n°311.

² Sur l'ensemble de la question de la caractérisation de la flagrance voir notamment : BUISSON (J.), « Crimes et délits flagrants », *J.Cl.* Articles 53 à 73 fasc. 20 ; MATSOPOULOU (H.), *Les enquêtes de police, op. cit.*, n°143 à 159 ; BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 6^e édition, 2010, n°644 à 673 ; NAGOUAS-GUERIN (M.C.), *Le doute en matière pénale, op. cit.*, n°112 à 149 ; LAURENT (N.), *La notion de suspect en matière pénale*, Thèse Lyon 3 2001, n°202 à 211 et n°217 à 227.

³ Crim. 9 janvier 1990, *Bull.* n°16 en matière de perquisition ; Crim. 11 mars 1992, *Bull.* n°110 en matière d'arrestation ; Crim. 8 février 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°128 note MARON (A.) ; Crim. 11 juillet 2007, *JCP* 2007 II 10168 note BUISSON (J.).

⁴ Crim. 4 novembre 1999, *Procédures* 2000 Comm. n°76 note BUISSON (J.).

⁵ Crim. 8 octobre 1985, *Bull.* n°301 ; Crim 4 janvier 1982, *Bull.* n°2 ; Crim 27 sept 1984, *Bull.* n° 275 ; Crim 22 avril 1992, Aff. Carpaye, *Bull.* n°169, *Dr. Pén.* 1992 Comm. n°215 note MARON (A.), *JCP* 1992 I 3601 n°23 obs. MARON (A.), *D.* 1995 p. 59 à 64 note MATSOPOULOU (H.) ; Crim 17 octobre 1995, *Bull.* n°309, *Dr. Pén.* 1996 Comm. n°48 note MARON (A.).

⁶ Crim. 23 mars 1992, *Bull.* n°123, *Dr. Pén.* 1992 Comm. n°215 note MARON (A.), *RSC* 1993 p. 93 obs DELMAS-SAINTE-HILAIRE (J.P.).

⁷ Crim. 22 janvier 1953, Aff. Isnard, *JCP* 1953 II 7456 rapport de Monsieur le Conseiller BROUCHOT ; Crim. 1^{er} octobre 2003, *Bull.* n°176.

qui est purement subjectif, ni la dénonciation anonyme¹, ne sauraient suffire pour caractériser la flagrance. Ainsi, dans l’affaire Soltani, la Cour de cassation a rappelé qu’il ne peut être procédé à une perquisition sans l’accord de la personne, dès lors « qu’avant l’accomplissement des actes incriminés, aucun indice apparent d’un comportement délictueux ne pouvait révéler l’existence d’une infraction répondant à la définition donnée des crimes et délits flagrants par l’article 53 du Code de procédure pénale ». En effet, le simple renseignement anonyme ne peut constituer un tel indice², puisqu’il est invérifiable, sauf s’il vient compléter un indice objectif apparent tel que le port d’un volumineux trousseau de clés sans que la personne puisse fournir une explication cohérente³.

Dans le même sens, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre la décision d’une Chambre d’accusation ayant estimé que « si la dénonciation d’un trafic possible de stupéfiants [et] les allées et venues d’un individu aux aguets [porteur d’un sac en plastique qu’il a ensuite dissimulé sous le siège de son véhicule] ne constituaient pas l’indice apparent d’un comportement délictueux et si c’est à tort que les policiers ont cru pouvoir agir en utilisant la procédure de flagrant délit, l’attitude adoptée ensuite par l’intéressé (tenter avec violence de prendre la fuite pour se soustraire à un contrôle policier) était constitutif d’un indice faisant présumer qu’il avait commis ou tenté de commettre une infraction » et permettait de procéder à un contrôle d’identité⁴. Cette décision semble conforme à la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Cependant, il est possible de remarquer, à l’instar de Monsieur Buisson, que la Chambre criminelle de la Cour de cassation n’a pas précisé le cas d’application du contrôle d’identité mis en œuvre, « l’indice laissant penser qu’une personne a commis un crime ou tenté de commettre une infraction ou qu’elle se prépare à commettre un crime ou un délit » ni « l’infraction qui motivait le contrôle : l’infraction à la législation sur les stupéfiants dénoncée ou la rébellion que l’intéressé venait de commettre en se soustrayant à l’interpellation qui, même si elle était illégale, ne l’autorisait pas à résister violemment ».

¹ Crim. 2 février 1988, *Bull.* n°52. Voir sur ce point obs. MARON (A.), *JCP* 1992 I 3601 n°23; obs. JEANDIDIER (W.) et BELOT (J.) sous Crim 21 juillet 1982, Aff. Administration des douanes, in *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale, op. cit.*, n°17. Pour plus de développements sur cette question de la dénonciation anonyme et non anonyme voir LAURENT (N.), *La notion de suspect en matière pénale*, Thèse Lyon 3 2001, n°202 à 205 et n°228 à 237.

² Crim. 8 novembre 1989, Aff. Soltani, *JCP* 1990 II 21580 obs. SYR (J.H.).

³ Crim. 12 mars 1997, *Bull.* n°100 ; LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.), « Flagrance : sa définition, son régime », *Dr. Pén.* 1997 Chr. n°25.

⁴ Crim. 28 juin 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°237 note BUISSON (J.).

L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 tend à la consécration législative de cette construction jurisprudentielle¹.

341. Cette tentative jurisprudentielle de définition de l'apparence renvoie à un pouvoir d'appréciation de l'apparence d'une infraction attribué aux autorités titulaires du titre de contrainte. Malgré les craintes qu'un tel pouvoir peut susciter, il participe de la protection de la liberté individuelle. En effet, rattacher à la police judiciaire de manière abstraite et systématique certaines opérations peut s'avérer dangereux pour l'effectivité de la liberté individuelle. Le risque est que ces opérations soient détournées de leur but légal². Il semble donc nécessaire de ne pas procéder à une qualification purement abstraite et de prendre en compte également les circonstances de l'opération et éventuellement de requalifier celle-ci afin de contrôler tout éventuel détournement de pouvoir. L'existence d'un trouble doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto* afin de permettre de qualifier l'opération de police judiciaire ou à défaut de police administrative. Le raisonnement doit être inversé. Il ne faut pas qualifier la mesure de contrainte d'opération de police administrative ou judiciaire, mais déterminer préalablement à la mise en œuvre de la contrainte si l'on se trouve ou non dans le cadre d'une opération de police judiciaire. Ce n'est qu'en cas de réponse positive à cette question que les mesures de contrainte pourront être mises en œuvre. Si le but de l'opération dans l'affaire Friedel était effectivement administratif, aucune arrestation ou garde à vue n'aurait dû être ordonnée. Elles n'avaient dès lors pas de base légale. Un détournement de pouvoir peut ainsi être relevé.

342. Tentative de définition de l'apparence d'implication. La jurisprudence tente peu à peu de combler les incertitudes légales quant à la définition des seuils de vraisemblance. Elle prend ainsi le relais du législateur en posant des conditions venant encadrer le pouvoir

¹ En effet, l'article 311-9 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit que « Aucune dénonciation anonyme ne peut être prise en compte pour procéder à des investigations au cours d'une enquête judiciaire pénale. Toutefois, si la nature et la gravité de l'affaire le justifient, une dénonciation anonyme peut donner lieu à vérification sur autorisation préalable du procureur de la République. Cette autorisation fait l'objet d'une décision écrite et spécialement motivée qui est jointe au dossier de la procédure. En cas d'urgence ou de risque d'atteinte à la personne, la vérification peut intervenir sans autorisation préalable de ce magistrat, qui doit être informé dans les plus brefs délais des opérations effectuées. Aucun acte coercitif ni aucun acte de poursuite ne peut être exercé contre une personne mise en cause par une dénonciation anonyme, si celle-ci n'a pas été corroborée par des indices graves ou concordants. Aucune personne ne peut être condamnée sur le seul fondement d'une dénonciation anonyme. Les dispositions du présent article sont prescrites à peine de nullité. Les dispositions du présent article sont édictées sans préjudice des dispositions du présent code relatives à la protection des témoins et permettant le recueil du témoignage d'une personne sans que son identité apparaisse en procédure ».

² Voir sur ce point CONTE (P.), *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*, n°455 ; ROUJOU DE BOUBEE (G.), note sous Crim. 5 janvier 1973, *D.* 1973 p. 542 à 544 ; note TOULEMONDE (B.) sous Crim. 5 janvier 1973, *AJDA* 1973 p. 600.

d’appréciation des autorités titulaires de la contrainte. Toutefois, les solutions adoptées sont relativement hésitantes.

343. La jurisprudence relative aux contrôles d’identité est à cet égard intéressante. Depuis la loi du 18 mars 2003, un contrôle d’identité peut avoir lieu dès lors qu’il existe à l’égard d’une personne « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » sa participation à une infraction¹. Auparavant le texte exigeait l’existence d’un « indice faisant présumer » cette participation. Quelles circonstances permettent de caractériser cet « indice » ou cette « raison plausible » alors que le plus souvent ce contrôle d’identité va constituer le premier stade d’une procédure ? Les autorités titulaires des mesures de contrainte vont seulement pouvoir se référer à l’attitude de la personne. Ainsi, il est possible de contrôler l’identité d’une personne se livrant, dans une zone de vente de produits stupéfiants, à des allées et venues en regardant avec agitation autour d’elle et s’approchant et s’éloignant alternativement de boîtes auxquelles elle semblait porter un vif intérêt², ou encore d’une personne qui tente de se dissimuler à la vue d’un véhicule de police³. De même, constitue un indice de commission d’une infraction justifiant un contrôle d’identité le port ostensible d’un couteau⁴. Cependant, il s’agit d’une appréciation impliquant une certaine part de subjectivité. La jurisprudence ne paraît d’ailleurs pas toujours très cohérente⁵. Ainsi, la Cour d’appel d’Aix-en-Provence a estimé qu’il était possible de contrôler l’identité d’une personne changeant brusquement de direction à la vue des policiers⁶. En revanche, d’autres cours d’appel ont considéré que le fait de faire demi-tour en accélérant le pas à la vue d’un véhicule de police, ou d’entrer rapidement dans un parking souterrain à la vue de policiers, ne constituait pas « une raison plausible de soupçonner » la participation à une infraction exigée pour procéder à un contrôle d’identité en vertu de l’article 78-2 du Code de procédure pénale. Cependant, la Cour de cassation a cassé ces dernières décisions semblant ainsi confirmer l’analyse de la Cour d’appel d’Aix-en-Provence⁷. La Cour de cassation a également estimé que « selon l’article 78-2 al 1^{er} du Code de procédure pénale, toute personne peut faire l’objet d’un contrôle d’identité dès lors qu’il existe à son égard un indice faisant présumer qu’elle a commis ou tenté de commettre une

¹ Article 78-2 du CPP.

² Grenoble 12 mars 1997, *Dr. Pén.* 1998 Comm n°26 note MARON (A.). Voir également sur ce point LAURENT (N.), *La notion de suspect en matière pénale, op. cit.*, n°212 à 214.

³ Civ. 1^{ère} 17 janvier 2006, *Dr. Pén.* 2006 Comm. n°44 note MARON (A.).

⁴ Grenoble 11 juin 1997, *Dr. Pén.* 1998 Comm. n°27 note MARON (A.).

⁵ Pour un résumé des incohérences de la jurisprudence en particulier en cas de contrôle d’étrangers voir obs. MARON (A.) sur Aix-en-Provence 8 novembre 1990, *JCP* 1992 I 3601 n°22.

⁶ Aix-en-Provence 20 juin 1996, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n° 14 (2^e arrêt) note MARON (A.).

⁷ Crim 10 octobre 1996, *Bull.* n°356, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n° 14 (1^{er} arrêt) note MARON (A.), *RJC* 1997 p. 148 et 149 obs DINTILHAC (J.), *Procédures* 1997 Comm. n° 42 note BUISSON (J.) ; Crim 23 mai 1995, *Bull.* n° 187, *Dr. Pén.* 1995 Comm. n°207 note MARON (A.), *Procédures* 1995 Comm. n°274 note BUISSON (J.).

infraction ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit. Il en est ainsi lorsque les agents de police judiciaire ayant procédé au contrôle d'identité connaissaient la personne concernée, qu'ils savaient qu'elle commettait une infraction à la législation relative aux étrangers »¹. Il est toutefois possible ici de se demander dans quelles circonstances les agents de police judiciaire avaient acquis cette connaissance.

344. Avant la loi du 15 juin 2000, la Cour de cassation se montrait peu exigeante quant au contenu des indices graves ou concordants permettant la mise en examen et par conséquent la détention provisoire et le contrôle judiciaire. Si de simples soupçons, ou des éléments contradictoires ou de simples aveux soudains ne suffisaient pas², il arrivait parfois à la Cour de cassation de rendre des décisions relativement contradictoires quant à l'exigence d'une certaine concordance entre les différents éléments de preuve réunis. Ainsi, alors que dans certains arrêts elle a admis que la seule accusation d'un tiers ne suffisait pas pour permettre l'inculpation en l'absence de concordance entre plusieurs indices³, dans d'autres arrêts elle a retenu une solution inverse⁴. La jurisprudence a considéré que la participation non contestée à l'élaboration d'un prospectus et l'attestation de sincérité de documents se révélant inexacts constituent des indices concordants d'avoir participé aux faits dont le juge est saisi et justifient la mise en examen⁵. De même, le fait qu'il existe deux possibilités quant à l'origine d'une infection, que des experts aient souligné un dysfonctionnement pouvant être à l'origine de l'infection, ainsi que les attributions des personnes constituent des indices graves d'imputation personnelle⁶. La jurisprudence continue donc à exiger « un faisceau d'indices⁷ » pour retenir l'existence d'indices graves ou concordants mais sans plus de précisions. Aussi, est-il possible d'être assez dubitatif quant à une éventuelle évolution de la jurisprudence sur ce point. Une telle jurisprudence paraît regrettable à l'égard de la protection de la liberté individuelle alors que ces indices graves et / ou concordants peuvent permettre le placement en détention provisoire qui constitue la plus grave atteinte à la liberté individuelle avant jugement.

¹ Crim. 16 juillet 1996, *Bull.* n°298.

² Crim. 28 mars 1973, *Bull.* n°161 ; Crim. 16 juin 1981, *JCP* 1982 II 19838 note CHAMBON (P.) ; Crim. 24 février 1987, *Bull.* n°93.

³ Crim. 2 mai 1968, *Bull.* n°136 ; Crim. 13 juillet 1971, *Bull.* n°230 ; Crim. 4 janvier 1995, *Bull.* n°1.

⁴ Crim. 30 avril 1960, *Bull.* n°227. Dans cet arrêt, l'accusation a été considérée comme suffisamment précise. Voir également Crim. 13 avril 1975, *Bull.* n°53 où la Cour de cassation retient que les aveux de la personne constituent des indices graves et concordants justifiant l'inculpation. Sur ce point voir NAGOUAS-GUERIN (M.C.), *Le doute en matière pénale, op. cit.*, n°162.

⁵ Crim. 29 mars 2006, pourvoi n°06-80478 (inédit).

⁶ Crim. 13 avril 2005, *Bull.* n°132.

⁷ Crim. 14 mai 2002, *Bull.* n°111.

345. Ces hésitations de la jurisprudence montrent toute la difficulté de l’appréciation des conditions légales de telle ou telle mesure de contrainte dans une procédure, chaque affaire donnant lieu à une analyse précise des circonstances. La jurisprudence ne peut que constituer des « pistes », des « indices » pour les officiers de police judiciaire, le procureur de la République, le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention devant agir immédiatement sur le terrain.

2°/ L’absence de sanction de l’erreur d’appréciation

346. **L’erreur quant à l’existence d’une infraction déterminée.** Lorsque le législateur limite une mesure de contrainte à certaines infractions, l’agent n’est pas tenu de qualifier de manière certaine les faits. Une telle exigence serait contraire au principe selon lequel la qualification peut être modifiée à toute étape de la procédure dès lors que cela ne dénature pas les faits. De plus, la procédure pénale ayant justement pour but d’établir avec certitude qu’une infraction a été commise et quel en est l’auteur, il n’est pas possible d’exiger de l’agent qui met en œuvre la contrainte que l’infraction sur laquelle il se fonde soit constatée avec certitude. Plus la mise en œuvre de la contrainte intervient tôt dans la procédure pénale moins, par définition, l’agent peut avoir de certitude quant à l’infraction. « Sa perception, visuelle, auditive, olfactive même souvent fugitive, l’entraîne à une réaction immédiate, dictée par une qualification d’une extrême rapidité »¹. Au moment où la décision de recourir à la contrainte est prise, il doit exister une apparence d’infraction, plus précisément une apparence d’une certaine infraction visée par le législateur dans le texte constituant le titre de contrainte.

347. Lors de l’adoption de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le législateur avait inséré dans le Code de procédure pénale une disposition selon laquelle « le fait qu’à l’issue de l’enquête ou de l’information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre ». La constitutionnalité de cette disposition fut contestée. Le Conseil constitutionnel a sanctionné cette disposition estimant que « si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d’enquête ou

¹ DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police, op. cit.*, n°563.

d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées »¹. Le Conseil constitutionnel admet ainsi la validité des mesures de contrainte mises en œuvre sur le fondement de la bande organisée, même si par la suite il s'avère que cette qualification ne peut être retenue, dès lors qu'au moment du recours à la contrainte la bande organisée paraissait caractérisée. La gravité des faits apparente au moment de la décision de recourir à une mesure de contrainte justifie celle-ci, même si par la suite cette apparence se révèle erronée.

348. L'erreur de qualification n'a aucune influence sur la mesure de contrainte initialement mise en œuvre. Ceci souligne une fois de plus le pouvoir discrétionnaire accordé aux autorités titulaires de la contrainte en la matière.

349. L'erreur quant à l'implication de la personne contrainte. Dans un arrêt du 17 janvier 2001, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que le fait de relever l'existence d'indices à l'encontre de la personne afin de la soumettre à un contrôle judiciaire n'est pas contraire à la présomption d'innocence, ces motifs étant dépourvus de l'autorité de la chose jugée². Par la référence à cette absence d'autorité de la chose jugée, la Chambre criminelle de la Cour de cassation souligne qu'à ce stade de la procédure il n'y a aucune certitude, les indices relevés ne permettant d'établir qu'une apparence de participation à une infraction. En l'absence de certitude quant à la culpabilité de la personne suspectée, il n'y a pas atteinte à la présomption

¹ Cons. Const. Décision n°2004-492DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, considérant n°70.

² Crim. 17 janvier 2001, *Dr. Pén.* 2001 Chr. n°27 MARSAT (C.). Si en vertu des articles 176 et 211 et suivants du Code de procédure pénale, l'intime conviction s'applique au juge d'instruction et à la chambre de l'instruction, il est possible de considérer qu'elle s'impose également au ministère public lors de la décision relative à la poursuite. Certes, ni le juge d'instruction, ni la chambre de l'instruction, et encore moins le procureur de la République, ne se prononcent sur la culpabilité de la personne mise en cause par la procédure. Cependant, ils doivent tous, à un moment ou un autre, décider si les éléments réunis sont suffisants pour renvoyer cette personne devant le juge de jugement ou même simplement pour continuer la procédure. De plus, comme le rappelle la chambre criminelle dans un arrêt du 5 décembre 1972 (*Bull.* n°375), le procureur de la République en classant sans suite ne prend pas un acte juridictionnel. Toutefois, comme les juges de jugement il « statue sur la gravité juridique, sociale et morale de l'acte qui lui est soumis et dont il soustrait l'auteur à la justice » pour reprendre l'expression de Mme Rassat. Voir RASSAT (M. L.), *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Tome V, 1967, n°300 à 302. Pour plus de précisions sur ce point voir MASSOL (V.), *La présomption d'innocence*, *op. cit.*, n°224 et 227 ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Cujas, coll. Référence, 15^e édition, 2010, n°851 ; CADENE (J.), *La preuve en matière pénale Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, p. 95 et 96 ; ESSAÏD (M.J.), *La présomption d'innocence*, *op. cit.*, n°481 à 484 ; ZOLLINGER (L.), « L'intime conviction du juge », in *L'innocence, Travaux de l'Institut de criminologie de Paris*, *op. cit.*, p. 33 à 44.

d’innocence¹. L’apparence existant au moment de la décision de recourir à une mesure de contrainte peut parfaitement être remise en cause par la suite. Il peut s’avérer, au final, qu’aucune infraction ne soit constituée. Cependant, il n’y aura pas de remise en cause des mesures de contrainte dès lors qu’au moment de la décision de mettre en œuvre cette mesure il existait une apparence d’infraction et d’implication de la personne dans sa réalisation².

350. L’appréciation de la nécessité de la mise en œuvre des mesures de contrainte est la source d’un pouvoir discrétionnaire des autorités bien que celles-ci soient soumises à certaines conditions de légalité. Cette condition de nécessité est également source de contrôle de l’action des autorités titulaires de la contrainte.

Section II- Le contrôle de la nécessité de la contrainte

351. Dans un Etat libéral, la liberté étant le principe et la contrainte une exception qui doit être strictement encadrée, la nécessité de la mesure mise en œuvre doit pouvoir être contrôlée afin de vérifier le caractère raisonnable de cette mesure. A défaut d’un tel contrôle le respect de la liberté individuelle resterait en effet lettre morte. Le législateur français a mis en place à la fois un contrôle *a priori* par le biais de l’obligation de motiver la nécessité de la contrainte (§1) et un contrôle *a posteriori* (§2).

¹ On retrouve, d’ailleurs, cette idée avec les termes utilisés tout au long de la procédure pour désigner les éléments réunis. En effet, la procédure pénale française est ici caractérisée par une gradation. Lors de l’enquête de police et de l’instruction on parle « d’indices », à la fin de l’instruction lors du renvoi devant la juridiction de jugement il s’agit de « charges », et seule la décision finale de la juridiction de jugement peut utiliser le terme de « preuves » au sens de « résultat de la production d’éléments de démonstration quant à la conviction du juge » pour reprendre l’expression de M.M. Aubry et Rau. Le fait de n’utiliser le terme de preuve qu’à la fin de la procédure montre bien que, jusque là, la recherche de la vérité n’étant pas terminée, il est impossible de se prononcer de manière définitive sur la culpabilité ou l’innocence de la personne poursuivie. Voir MASSOL (V.), *La présomption d’innocence, op. cit.*, n°59 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, Tome 12, 5^e éd. Par BARTIN (E.), LGDJ, 1922, p. 62 et 63.

² Pour plus de détails voir CONTE (P.), *L’apparence en matière pénale, op. cit.*, n°161 à 189 ; BUISSON (J.), *L’acte de police, op. cit.*, p. 560 à 567. Monsieur Buisson considère que l’apparence joue alors un rôle de fait justificatif.

§1- Un contrôle *a priori* : la motivation de la nécessité

352. La motivation de la nécessité de la contrainte devient peu à peu une obligation légale (A). Toutefois, cette obligation reste encore aujourd'hui fluctuante (B).

A- Une obligation légale

353. Cette obligation légale est progressivement étendue à l'ensemble des mesures de contrainte (2°). En effet, la motivation des décisions des autorités publiques est considérée comme une des garanties de la liberté individuelle (1°).

1°/ Une garantie de la liberté individuelle

354. La motivation des décisions des autorités publiques est à la fois une protection contre l'excès et un moyen de légitimer des décisions.

355. Une protection contre l'excès. La motivation des décisions¹ permet d'assurer un certain contrôle de celles-ci. « Il est profondément anormal en démocratie qu'une autorité publique quelle qu'elle soit puisse imposer une décision à un citoyen quel qu'il soit, sans lui dire pourquoi. Cette règle devrait être une règle générale de la vie publique »². La motivation des décisions permet de s'assurer de son caractère raisonnable. S'inspirant des revendications et du sentiment

¹ Sur cette question voir notamment KUTY (F.), obs. sous CEDH 19 février 1998, *RTDH* 1998 p. 835 à 852 ; GUILLERMET (C.J.), *La motivation des décisions de justice La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2006, p. 22 à 55.

² RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du Code de procédure pénale Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux*, 1997, p. 47.

d’atteinte excessive à la liberté individuelle que le laconisme des décisions de condamnation de l’Ancien Régime suscitait, la loi des 16 et 24 août 1790 a imposé la motivation des jugements. Aujourd’hui, le Conseil Constitutionnel semble imposer la motivation des décisions prononçant des sanctions comme une condition de constitutionnalité des lois¹. Certes, les décisions de recourir à une mesure de contrainte ne sont pas des jugements et ne prononcent pas des sanctions. Cependant, dans la mesure où la motivation protège contre l’excès et permet de

¹ Cons. Const. Décision n°93-325 DC du 15 août 1993 Loi relative à la maîtrise de l’immigration ; Cons. Const. Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Jusqu’à récemment, une exception notable pouvait être relevée s’agissant des décisions des Cours d’assises qui ne faisaient l’objet d’aucune obligation légale de motivation. Au regard de l’article 353 du CPP, la Chambre criminelle de la Cour de cassation française estimait de manière constante que l’absence de motivation expresse de la déclaration de culpabilité et de la détermination de la peine par les Cours d’assises n’était pas contraire au procès équitable « dès lors qu’[avaient] été assurés l’information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats » (Crim. 30 avril 1996, *Bull.* n°181 ; Crim. 14 octobre 2009, *Bull.* n°170 ; Crim. 20 janvier 2010, *Bull.* n°14). Dans l’affaire Saric contre Danemark du 2 février 1999, la CEDH a estimé que « l’absence de motivation d’un arrêt, qui résultait de ce que la culpabilité du requérant avait été déterminée par un jury populaire, n’était pas, en soi, contraire à la Convention ». Cependant, dans une Société démocratique, l’accusé, la partie civile et le public doivent être en mesure de comprendre le verdict. A la suite de la Commission européenne (Commission 30 mars 1992, Aff. R. contre Belgique, ; Commission 29 juin 1994, Aff. Zarouali contre Belgique, Commission 15 mai 1996, Aff. Planka contre Autriche), la Cour européenne des droits de l’homme se contente de réponses laconiques à des questions précises (CEDH 25 juillet 2002, Papon contre France, Requête n°54210/00). En revanche, « des réponses laconiques à des questions formulées de manière vague et générale [peuvent] donner au requérant l’impression d’une justice arbitraire et peu transparente » (CEDH 13 janvier 2009, Taxquet contre Belgique, Requête n°926/05). Aussi, la Grande chambre de la CEDH, le 16 novembre 2010 sanctionne-t-elle les questions ne se référant à « aucune circonstance concrète et particulière qui aurait pu permettre au requérant de comprendre le verdict de condamnation » (CEDH 16 novembre 2010, Taxquet contre Belgique, Requête n°926/05 ; *Rev. Pénit.* 2011 p. 192 Chr. BEAUVAIS (P.)). Quant à la déclaration de culpabilité, le raisonnement de la Cour de cassation française semblait, par conséquent, conforme à la jurisprudence européenne, sous réserve, toutefois que les magistrats professionnels membres des Cours d’assises veillent à la précision des questions posées aux jurés. Ce n’était, ainsi, pas tant une réforme législative que cette jurisprudence européenne imposait qu’une sorte de « mode d’emploi » du procès équitable à destination des juridictions de jugement. Certaines Cours d’assises avaient, en conséquence, d’ailleurs, commencé à renforcer la précision des questions posées aux jurés (Cours d’assises du Pas-de-Calais 25 novembre 2010). Si les Cours d’assises répondaient à des questions lorsqu’elles se prononçaient sur la culpabilité, ce n’était pas le cas pour déterminer la peine au regard de l’article 362 du CPP. L’instauration d’une motivation expresse des arrêts de Cours d’assises avait été proposée à plusieurs reprises mais systématiquement rejetée notamment en raison de l’absence de formation juridique des jurés. Toutefois, la rédaction de la motivation peut parfaitement être déléguée aux magistrats professionnels comme en Allemagne ou en Italie (en ce sens voir J. PRADEL, « De la motivation des arrêts d’assises », *D.* 2009 p. 2778). En outre, l’intime conviction ne s’oppose en aucune façon à une motivation puisqu’elle renvoie en réalité à un raisonnement des juges au regard des différents éléments présentés. Le législateur français se devait, dès lors, au minimum d’imposer une motivation implicite de la détermination des peines par les Cours d’assises afin non seulement de garantir le respect du principe du procès équitable mais aussi d’assurer l’effectivité du droit au recours (CEDH 24 juillet 2007, Baucher contre France, Requête n°53640/00). En ce sens, la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs a imposé une motivation des décisions de Cour d’assises. Désormais, l’article 365-1 du Code de procédure pénale dispose que « *Le président ou l’un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l’arrêt.* » « *En cas de condamnation, la motivation consiste dans l’énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l’accusé, ont convaincu la cour d’assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l’article 356, préalablement aux votes sur les questions.* » « *La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l’article 364.* » « *Lorsqu’en raison de la particulière complexité de l’affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n’est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d’assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision.* »

vérifier la légalité des décisions, une telle obligation s'impose en matière de mesures de contrainte avant jugement. En effet, de telles mesures peuvent immédiatement être soupçonnées d'excès, aucune décision judiciaire ayant autorité de chose jugée et reconnaissant la culpabilité n'ayant encore été rendue.

356. Le Conseil constitutionnel semble rattacher l'obligation de motivation des décisions prononçant une sanction aux droits de la défense. En effet, dans sa décision du 15 août 1993, le Conseil a estimé que la sanction d'interdiction du territoire n'était pas contraire aux droits de la défense puisque son prononcé était soumis « à une motivation spéciale au regard de la gravité de l'infraction ». De même, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la motivation des décisions est une conséquence soit du droit à être entendu par un tribunal puisqu'elle permet de contrôler la légalité des décisions et notamment de vérifier que le tribunal a bien répondu à toutes les questions posées, soit du droit à un tribunal impartial. En effet, la motivation des décisions permet de contrôler l'impartialité de leur auteur, l'imprécision de la motivation faisant peser une sorte de suspicion d'arbitraire sur la décision¹. L'impartialité des autorités titulaires des mesures de contrainte est peu à peu devenue une préoccupation récurrente du législateur.

357. Un moyen de légitimation. La motivation des décisions permet aux autorités d'expliquer leur raisonnement². Elle relève alors d'un souhait de transparence de l'action des autorités publiques. En matière de contrainte, l'obligation de motivation permet de s'assurer que le recours à la mesure de contrainte est réellement nécessaire au regard des circonstances de fait et que les conditions légales sont remplies. Cela renvoie à la fonction « pédagogique », de légitimation de la motivation³. La motivation de ces décisions contribue ainsi au respect de l'obligation incombant aux autorités titulaires des mesures de contrainte d'assurer un équilibre entre la protection de l'ordre public par la recherche et la détermination des auteurs d'infractions et celle de la liberté individuelle à ce stade de la procédure. En effet, en cherchant à motiver ces décisions les autorités doivent se montrer d'autant plus attentives à la recherche de cet équilibre

¹ Voir BORE (L.), « La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002 I 104 ; CEDH 30 novembre 1987, H contre Belgique, Requête n°8950/80 ; CEDH 29 mai 1997, Aff. Georgiadis contre Grèce, Requête n°21522/93.

² GUILLERMET (C.J.), *La motivation des décisions de justice La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2006, p. 39.

³ *Ibid.* p. 53.

qu’elles ont l’obligation d’expliquer leur raisonnement à un tiers. Ce tiers est en l’occurrence la personne soumise à la mesure de contrainte dans un premier temps, le juge contrôlant la mesure ou la procédure dans un second temps.

358. La motivation du recours aux mesures de contrainte paraît dès lors s’imposer en ce qu’elle permet d’éviter toutes les dérives sous-jacentes à ces mesures.

2°/ Une extension progressive

359. Le respect de la liberté individuelle implique que le législateur impose la motivation des décisions de recourir à une mesure de contrainte. Cependant, le législateur ne semble avoir imposé cette obligation qu’assez récemment. La motivation a, tout d’abord, été imposée en matière de détention provisoire, mesure la contraignante, puis a été progressivement généralisée.

360. La détention provisoire. L’obligation de motiver le recours à la détention provisoire n’existe que depuis la loi du 17 juillet 1970¹. Toutefois, cette dernière n’exigea des juges que la motivation des placements en détention provisoire en matière correctionnelle. Ce n’est que la loi du 6 juillet 1989² qui étendit cette exigence à la matière criminelle³. Avant la loi du 17 juillet 1970, le droit français consacrait le système de l’opportunité pour le placement en détention provisoire. Le juge pouvait, mais ce n’était pas une obligation, justifier sa décision comme il l’entendait. Au contraire, la loi du 17 juillet 1970 tirant les conséquences du principe qu’elle venait de poser selon lequel la liberté est le principe, a établi le système de la légalité de la motivation de la détention provisoire. Désormais, la loi énumère les motifs pouvant justifier cette mesure de contrainte et impose aux juges d’expliquer leur décision au regard de ces motifs. En vertu du principe d’interprétation stricte, le juge français ne peut, par conséquent, ordonner une détention provisoire pour un autre motif que ceux énumérés. Depuis la loi du 30 décembre 1996⁴, le juge doit également préciser en quoi le contrôle judiciaire lui paraît insuffisant en l’espèce. Jusqu’à la

¹ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

² Loi n°89-461 du 6 juillet 1989 relative à la détention provisoire.

³ CHAMBON (P.), « La loi du 6 juillet 1989 : analyse et réflexions », *JCP* 1989 I 3417 ; AYDALOT (M.), « La liberté et la détention provisoires dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d’études en hommage à Marc Ancel, Tome II, Etudes de science pénale et de politique criminelle*, éditions A. Pedone, 1975, p. 271 à 298.

⁴ Loi n°96-1235 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

loi du 30 décembre 1996, une jurisprudence constante estimait au contraire « qu'aucune disposition de la loi n'exige que lorsque la détention est ordonnée ou maintenue, le juge constate en termes express, l'insuffisance dans le cas qui lui est soumis des obligations du contrôle judiciaire ; le seul fait que le juge ordonne ou maintienne la détention provisoire établit nécessairement qu'il a estimé insuffisantes ces obligations »¹. Cette nouvelle exigence insiste sur le caractère exceptionnel de la détention provisoire qui ne doit donc intervenir que si le contrôle judiciaire, ou l'assignation à résidence sous surveillance électronique désormais, s'avère inefficace à obtenir la preuve d'une certaine qualité exigée pour la condamnation d'une personne. La Cour de cassation a, encore récemment, rappelé que « la détention ne peut être ordonnée ou prolongée qu'après le constat, par des considérations de droit et de fait, que les obligations du contrôle judiciaire sont insuffisantes »². En outre, depuis l'entrée en vigueur du décret relatif à l'assignation à résidence sous surveillance électronique³, la Cour de cassation impose également aux juridictions du fond de « s'expliquer, par des considérations de droit et de fait, sur le caractère insuffisant d'une mesure d'assignation à résidence avec surveillance électronique ». La seule motivation du caractère insuffisant du contrôle judiciaire ne saurait suffire à la régularité de la décision⁴. Sur ce point le droit interne paraît conforme à la jurisprudence européenne. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme impose au juge national de rechercher des alternatives à la détention provisoire, celle-ci ne pouvant être ordonnée qu'en dernier recours. En l'absence d'une telle vérification, la Cour européenne des droits de l'homme retient une violation de l'article 5⁵.

361. La loi du 5 mars 2007⁶ a modifié l'obligation de motivation des décisions de placement en détention provisoire. Jusque là, l'article 144 du Code de procédure pénale prévoyait que « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si elle constitue l'unique moyen de [...] » parvenir aux buts énumérés par le législateur. De plus, l'obligation d'indiquer les « considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions de l'article 144 » résultait

¹ Voir notamment Crim. 16 décembre 1971, Aff. Hoarau, *D.* 1972 p. 318 note LESCURE (M.) et ROBERT (E.).

² Crim. 16 février 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°148 obs. BUISSON (J.) ; *AJ pén.* 2010 p. 248 note ASCENSI (L.).

³ Sur l'indifférence de cette motivation avant l'entrée en vigueur de ce décret voir Crim. 7 avril 2010, *Bull.* n°60 ; Crim. 8 avril 2010, *Bull.* n°61 ; *RSC* 2011 p. 139 Chr. DANET (J.).

⁴ Crim. 18 août 2010 (deux arrêts), pourvois n°10-83.770 et 10-83.819, *AJ pén.* 2011 p. 37 obs. ASCENSI (L.) ; Crim. 6 octobre 2010, pourvoi n°10-85.238 ; *RSC* 2011 p. 139 Chr. DANET (J.) ; Crim. 12 octobre 2010, pourvoi n°10-85.370, *Procédures* 2011 Comm. n°34 obs. BUISSON (J.).

⁵ CEDH 18 mars 2008, Ladent contre Pologne, Requête n°11036/03 ; CERE (J.P.), « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJ pén.* 2009 p. 476 à 482.

⁶ Loi n°2007-289 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

de l’article 137-3 du Code de procédure pénale reprenant sur ce point l’article 145 depuis la loi du 15 juin 2000. A la suite de l’entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, l’article 144 dispose que « la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s’il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu’elle constitue l’unique moyen de parvenir à l’un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire [...] ». Le loi du 5 mars 2007 a ainsi regroupé l’ensemble des considérations que doit comporter la motivation de la décision de placement en détention provisoire dans le même article. Ce regroupement des dispositions a le mérite de la simplicité. Cependant, certains auteurs ont également fait remarquer que cela avait pour conséquence de souligner « l’apparente inutilité de cette double exigence », le fait que la détention provisoire soit l’unique moyen de parvenir à tel ou tel objectif impliquant que le contrôle judiciaire est insuffisant¹, comme le faisait remarquer la Cour de cassation jusqu’en 1996. Pourtant, il est possible de penser que « la redondance de l’exigence paraît avoir été voulue par le législateur, afin d’obliger le juge à une interrogation systématique sur la réalité de ladite insuffisance, comme pour lui éviter de se faire une clause de style de la seule affirmation du moyen unique de la détention »². Cette redondance serait ainsi une façon pour le législateur d’assurer une protection effective de la liberté individuelle en obligeant le juge des libertés et de la détention à s’interroger réellement sur la nécessité de recourir à la détention provisoire.

362. La loi du 5 mars 2007 a également étendu l’obligation de motivation à l’ensemble des décisions tendant au maintien en détention provisoire. En effet, jusqu’à cette date, l’obligation de motivation ne s’appliquait plus après l’ordonnance de clôture de l’instruction. Désormais, toutes les décisions relatives à la détention provisoire, y compris celles rendues entre la clôture de l’instruction et le jugement définitif de la personne doivent être motivées³. Se pose toutefois la question de savoir quels sont les motifs pouvant être valablement invoqués à ce stade de la procédure. En effet, l’unique but de la détention provisoire est alors le maintien de l’intéressé à la disposition de la justice. Si l’article 144 du Code de procédure pénale vise bien ce motif, il ne concerne que la personne mise en examen et non le prévenu ou l’accusé. C’est d’ailleurs, notamment, sur ce moyen que se fondait le pourvoi sur lequel la Cour de cassation s’est prononcée le 3 mars 2010. Dans cette affaire, un ressortissant allemand a été condamné par contumace. Les procédures d’extradition et de mandat d’arrêt européen ont par la suite échoué.

¹ BUISSON (J.), « Réforme de la procédure pénale (suite) », *Procédures* 2007 Comm. n°118.

² *Ibid.*

³ En ce sens Crim. 26 février 2008, *Procédures* 2008 Comm. n°155 note BUISSON (J.).

Cependant, en 2009, il fut victime d'un enlèvement et lors de son audition en tant que victime par les services de police français, il est arrêté et placé en détention provisoire. Il contestait le fait que la seule nécessité d'assurer sa comparution au cours du procès constitue un motif suffisant et prévu par les textes. Confirmant sa jurisprudence antérieure, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « les énonciations de l'arrêt attaqué et de l'ordonnance qu'il confirme mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la Chambre de l'instruction s'est déterminée par des considérations de droit et de fait répondant aux exigences des articles 144 et suivants du Code de procédure pénale, sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées »¹.

363. L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 reprend la liste de motifs de l'article 144 actuel malgré les diverses critiques possibles. Ce faisant, il étend ces motifs également au contrôle judiciaire².

364. Une généralisation progressive. En dehors de la détention provisoire, de nombreux exemples peuvent être cités. En matière de contrôle d'identité, le législateur exige de l'agent qu'il indique le motif du contrôle et de la vérification dans le procès-verbal de vérification d'identité en vertu de l'article 78-3. En matière de perquisitions réalisées dans le cadre de la criminalité organisée, l'autorisation du juge d'instruction pour procéder à une telle opération en dehors des heures légales doit être motivée « par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires » en vertu de l'article 706-92 du Code de procédure pénale. Cette disposition est la simple reprise de ce qui était déjà exigé par le législateur en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants. En matière de contrôle judiciaire, le législateur impose la motivation de la nécessité du contrôle au regard des circonstances ainsi que celle de l'interdiction d'exercer telle ou telle activité professionnelle. Pour cette dernière obligation le juge doit en effet « constater non seulement le lien entre l'activité professionnelle de la personne et l'infraction commise mais également l'existence d'un risque de commission d'une nouvelle infraction »³. La loi du 9 mars 2004⁴ impose au juge des libertés et de la détention autorisant la sonorisation d'un

¹ Crim. 3 mars 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°241 note CHAVENT-LECLERE (A.S.).

² Article 411-3 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

³ Crim. 13 octobre 1998, *Bull.* n°257.

⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

lieu privé de motiver sa décision¹. La loi du 24 novembre 2009² étend la motivation prévue pour la détention provisoire à l’assignation à résidence sous surveillance électronique.

365. En vertu de l’article 64 du Code de procédure pénale, le procès-verbal établi lors de la garde à vue devait, jusqu’à la loi du 14 avril 2011³, indiquer les « motifs » de celle-ci. Toutefois, le législateur ne précisait pas plus le contenu de la motivation et notamment n’imposait pas de motiver l’existence de raisons plausibles de soupçonner. Certains auteurs ont émis le souhait d’une motivation plus explicite⁴. La Commission parlementaire constituée à la suite de l’affaire dite d’Outreau a proposé d’introduire la motivation par l’officier de police judiciaire des « raisons plausibles de soupçonner » justifiant la garde à vue et ce quel que soit le cadre procédural. Cette proposition n’a pas été reprise par le projet de loi déposé à l’Assemblée nationale le 24 octobre 2006. Plusieurs amendements tendant à la motivation des raisons plausibles de soupçonner et des nécessités de l’enquête ont été déposés le 12 décembre 2006⁵. Certains ont été retirés par leurs auteurs lors de l’examen du projet de loi par la Commission des lois de l’Assemblée nationale le 13 décembre 2006. Le gouvernement s’est opposé au dernier amendement qui a, finalement, été rejeté par la Commission des lois lors de l’examen du 19 décembre 2006. L’avant-projet de Code de procédure pénale de mars 2010 proposait de préciser qu’« il ne peut être procédé au placement en garde à vue d’une personne que si, pour les nécessités de l’enquête, il est indispensable de garantir le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs ou sa présentation ultérieure devant le procureur de la République, [ou] d’empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels, ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, ou ne se concertent avec d’autres personnes susceptibles d’être ses coauteurs ou complices ». L’avant-projet de loi sur la garde à vue présenté le 7 septembre 2010 ajoute à cette énumération le fait « de mettre en œuvre des mesures destinées à faire cesser l’infraction ». La loi du 14 avril 2011⁶ établit une liste de motifs de la garde à vue. Désormais, cette mesure doit constituer « l’unique moyen de parvenir à l’un au moins des objectifs suivants 1° Permettre l’exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l’enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou

¹ Article 706-96 du CPP.

² Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 portant loi pénitentiaire.

³ Préc..

⁴ Voir sur ce point MATSOPOULOU (H.), *Les enquêtes de police, op. cit.*, n°751.

⁵ Amendements n°89, 90, 91, 91, 112 déposés le 12 décembre 2006 à l’Assemblée Nationale.

⁶ Préc..

indices matériels; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concertent avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».

366. La motivation des mesures de contrainte va ainsi permettre la mise en place d'un réel contrôle de la nécessité du recours à ces mesures par la transparence de la décision. Toutefois, il ne s'agit à ce jour que d'une obligation fluctuante.

B- Une obligation fluctuante

367. L'obligation de motiver le recours à une mesure de contrainte n'est pas prévue dans un certain nombre de cas (1°). Les autorités titulaires de la contrainte peuvent ainsi, de manière inquiétante, s'extraire de l'encadrement établi par le législateur, même si une justification au regard de la liberté individuelle a été avancée (2°).

1°/ L'absence d'obligation légale de motivation

368. La lecture des textes conduit à constater que certaines mesures de contrainte ne sont pas motivées en raison du silence du législateur. Dès lors, l'effectivité du respect de la liberté individuelle suppose un renforcement de cette obligation.

369. Une généralisation inachevée. Pour un certain nombre de mesures de contrainte, le législateur n'exige aucune obligation de motivation ou n'impose qu'une motivation partielle malgré la gravité des atteintes à la liberté individuelle qu'elles constituent. Toutes les décisions relatives à la détention provisoire ne doivent pas être motivées. Si, aujourd'hui, répondant ainsi aux critiques émises à ce propos dès le XIXe siècle¹, les décisions de refus de mise en liberté

¹ PRADEL (J.), *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e édition, 1991, p. 64.

doivent être motivées au regard de l’article 144 du Code de procédure pénale¹, ces dernières n’ont pendant longtemps pas eu à comporter les explications relatives à l’insuffisance du contrôle judiciaire². Il est vrai que le juge d’instruction confirmait alors une précédente décision déjà motivée. Cependant, la loi du 15 juin 2000³ a étendu l’obligation de caractériser l’insuffisance du contrôle judiciaire y compris aux décisions de refus de mise en liberté. De même, « pour apprécier la possibilité de faire droit à une demande de mise en liberté présentée par un accusé au cours des débats, la Cour d’assises n’est pas tenue de se prononcer en considération des critères fixés par l’article 144 du Code de procédure pénale, mais doit cependant rechercher si, en fonction des éléments de l’espèce, une telle mesure n’est pas de nature à nuire au bon déroulement du procès, à la manifestation de la vérité ou à la mise à exécution, en cas de condamnation, de la sanction prononcée »⁴.

Hors le cas de la criminalité organisée, le législateur n’impose pas de manière expresse la motivation du recours aux perquisitions. Le même constat peut être fait en matière d’écoutes téléphoniques. Par ailleurs, la motivation des contrôles d’identité n’est imposée que dans l’hypothèse où cette mesure est suivie d’une vérification d’identité. Certes, le contrôle d’identité ne constitue qu’une atteinte limitée à la liberté individuelle. Cependant, cela peut malgré tout être considéré comme regrettable même si le fait que seul le contrôle d’identité suivi d’une mesure de vérification fera l’objet de l’établissement d’un procès-verbal puisse également l’expliquer. Exiger pour chaque contrôle d’identité l’établissement d’un procès-verbal serait sans aucun doute tomber dans un formalisme trop contraignant. De même, le législateur impose, certes, une motivation de la nécessité du contrôle judiciaire au regard des circonstances de l’espèce, mais le juge d’instruction et le juge des libertés et de la détention ne sont pas « tenus de motiver chacune des modalités du contrôle judiciaire autre que celle prévue à l’article 138 alinéa 2, 12° du Code de procédure pénale » c’est-à-dire l’interdiction d’exercer telle ou telle activité professionnelle »⁵. Ce sont justement ces obligations qui constituent tout le caractère attentatoire à la liberté individuelle de cette mesure.

¹ Crim. 24 juin 1971, Aff. Béreni, in JEANDIDIER (W.) et BELOT (J.), *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale, op. cit.*, n°25.

² Crim. 22 juillet 1997, *Bull.* n°276 ; Crim. 2 septembre 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°161 note MARON (A.).

³ Préc..

⁴ Crim. 9 février 2000, *Bull.* n°63.

⁵ Crim. 14 octobre 1998, *Bull.* n°261 ; Crim. 26 juillet 2000, *Bull.* n°260.

370. Une obligation à renforcer. L'obligation de motivation des mesures de contrainte apparaît ainsi bien relative. Si l'absence de motivation du recours à certaines mesures de contrainte telles que le contrôle d'identité peut s'expliquer par la volonté de ne pas imposer un formalisme trop lourd, de telles explications ne peuvent valoir pour d'autres mesures telles que les perquisitions ou les écoutes téléphoniques qui font l'objet de procès-verbaux ou d'une décision écrite. Rien n'empêcherait le législateur d'imposer une motivation des nécessités de l'enquête ou de l'information ainsi que des circonstances de fait permettant de relever une apparence d'imputation de l'infraction aux personnes soumises à ces mesures. Certes, les nécessités de l'enquête renvoient à l'opportunité des mesures de contrainte et par conséquent au pouvoir discrétionnaire des autorités. Toutefois, pouvoir discrétionnaire ne signifie pas pouvoir arbitraire et ne s'oppose en aucune façon à la motivation de la décision. Au contraire, cette obligation constituerait une borne à l'action des autorités protectrice de la liberté individuelle.

371. Cette absence de généralisation de l'obligation de motivation semble toutefois liée à la protection de la liberté individuelle.

2°/ Une obligation conditionnée par l'atteinte portée à la liberté individuelle

372. Aussi surprenant que cela paraisse, la protection de la liberté individuelle explique dans certains cas les carences de l'obligation de motivation.

Ces carences de l'obligation de motivation du recours à certaines mesures de contrainte paraissent liées à la liberté en cause ou, tout au moins, à la gravité de l'atteinte qui lui est portée. En effet, pour reprendre les conséquences que Monsieur Picard tire de la notion de nécessité, le législateur interviendrait plus ou moins précisément selon le caractère nécessaire de l'atteinte à la liberté ou la valeur essentielle de celle-ci. « Moins est grande dans l'axiologie sociale la valeur de la liberté qui va être restreinte par tel acte de police, moins il y a de raisons pour que l'organe délibérant de l'institution détermine lui-même et formellement toutes les conditions statutaires de la concrétisation. Il en va de même, en principe, lorsque la liberté, même si elle occupe un rang élevé dans la hiérarchie des valeurs, ne subit qu'une restriction relativement légère, temporaire, limitée dans le temps ou dans l'espace. Dans le cas contraire, l'habilitation implicite et directe de l'autorité de police par la proposition de droit pourrait ne plus être suffisante pour que cette autorité agisse *proprio motu* ». Ainsi, si la nécessité de l'intervention ne paraît pas évidente, ou si

l’atteinte à la liberté est grave, le législateur interviendra avec précaution et « pourra prévoir avec une relative précision non seulement le but et l’objet de la norme juridique d’ordre public mais aussi les motifs et même, le cas échéant, les formes que devra revêtir cette mesure pour être légalement édictée : ce sera une loi statutaire de police »¹.

373. Dans les cas où la contrainte paraît la moins grave en raison de sa durée par exemple, il semble que le législateur ne prévoit que de manière assez imprécise les motifs de mise en œuvre de la contrainte. Ainsi, en matière de contrôle d’identité, les seuls motifs prévus par le législateur sont le fait qu’il existe à l’encontre de la personne dont l’identité est contrôlée « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre une infraction ». En revanche, en matière de détention provisoire les dispositions légales sont beaucoup plus précises, le législateur n’indiquant pas uniquement la personne susceptible d’être soumise à la contrainte mais également les motifs permettant l’utilisation de cette mesure et imposant au juge des libertés et de la détention d’expliquer ces motifs. Quant aux carences constatées en matière de perquisitions et d’écoutes téléphoniques, il est possible de penser qu’elles sont liées non pas à la gravité de l’atteinte mais au fait que le législateur accorde une valeur moindre aux libertés mises en cause. Cependant, ces carences restent regrettables au regard d’une protection effective de la liberté individuelle, et ce d’autant plus que l’adéquation de la mesure n’est pas réellement contrôlée par les juridictions judiciaires.

374. Cette motivation de la contrainte facilite, en outre, le contrôle *a posteriori* de la nécessité de la contrainte.

§2- Le contrôle *a posteriori* de la nécessité de la contrainte

375. Le contrôle *a posteriori* de la nécessité de la contrainte est aujourd’hui de natures diverses (A). Toutefois, son étendue reste encore relative (B).

¹ PICARD (E.), *La notion de police administrative, op. cit.*, n°297.

A- La diversité du contrôle

376. Le défaut de nécessité est, quelle que soit la mesure de contrainte envisagée, un cas de nullité (1°). De plus, conscient de l'urgence que peut avoir la sanction du défaut de nécessité d'un placement en détention provisoire au regard de la gravité de cette mesure, le législateur a mis en place un autre type de contrôle, le référé-liberté (2°).

1°/ La nullité

377. Le défaut de nécessité de la contrainte mise en œuvre doit être considéré comme une cause d'irrégularité de la procédure. C'est d'ailleurs ce qui semble résulter de l'étendue du contrôle de la Cour de cassation.

378. Une cause évidente d'irrégularité de la procédure. Lorsque le législateur a imposé une obligation de motivation de la nécessité de la contrainte, l'absence de cette motivation doit entraîner la nullité de la mesure de contrainte sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un grief ou le caractère d'ordre public de cette règle. En effet, en l'absence de nécessité de la mesure de contrainte, il est possible de considérer qu'il s'agit d'un excès de pouvoir, l'autorité titulaire de la mesure n'ayant pas rempli les conditions posées par les textes¹. La nullité peut être considérée comme « la sanction naturelle lorsque les conditions requises pour la validité d'un acte juridique ne sont pas réunies : aucun des effets que l'auteur de l'acte avait l'intention de provoquer en l'accomplissant ne se produit »². Certes, le législateur ne prévoit pas de manière systématique une sanction attachée à l'absence ou à l'insuffisance de la motivation de la décision d'utilisation de la contrainte telle que la nullité de la mesure. Au titre des exceptions à ce constat, il est possible de citer l'article 78-3 du Code de procédure pénale selon lequel en cas de vérification, les motifs ayant justifié le contrôle d'identité doivent être indiqués dans un procès-verbal à peine de nullité. Cependant, rien n'interdit au juge de retenir certaines nullités en dehors même de toute sanction de ce type prévue par le législateur, dès lors que la décision contestée ne

¹ Voir BUISSON (J.), « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2001 p. 25 à 41. Même si les remarques de Monsieur Buisson ne concernent que la garde à vue il semble possible de les étendre à l'ensemble des mesures de contrainte.

² GUERRIN (M.), *Les irrégularités de procédure sanctionnées par la nullité dans la phase préalable au jugement pénal*, ANRT, Thèse à la carte, 1999, p. 13.

peut faire l’objet d’un appel. Le droit français distingue en effet les nullités textuelles et les nullités dites « virtuelles », créées par le juge dès le XIX^e siècle¹. Si les décisions relatives à la détention provisoire et au contrôle judiciaire peuvent faire l’objet d’un appel, ce n’est pas le cas des autres décisions de recours à la contrainte, y compris en matière d’écoutes téléphoniques, le législateur ayant lui-même exclu le caractère juridictionnel de ces décisions. En effet, une décision juridictionnelle suppose que son auteur tranche un litige et respecte certaines règles, en particulier la règle du débat contradictoire, ce qui n’est pas le cas des décisions relatives à la mise en œuvre de la contrainte. Cette remarque faite à l’origine en matière d’écoutes téléphoniques² peut être étendue à de nombreux cas de recours à la contrainte tels que les perquisitions ou la garde à vue. En étendant ainsi la nullité, le juge renforcerait l’effectivité du respect de la liberté individuelle. D’ailleurs, c’est bien l’attitude que semble avoir adoptée la Cour de cassation.

379. L’étendue du contrôle de la Cour de cassation. Lorsque le législateur impose l’obligation de motivation de la nécessité, la Cour de cassation s’assure de l’effectivité de cette motivation. Elle n’hésite pas à casser les arrêts d’appel reproduisant les motifs de l’article 144 comme des clauses de style, faisant simplement référence aux « faits de l’espèce de manière vague »³, ou ne faisant pas apparaître un lien entre le motif légal invoqué et les faits. Selon un attendu récurrent, « une motivation abstraite ne peut constituer l’énoncé des considérations de fait exigé par la loi pour fonder le rejet d’une demande de mise en liberté et l’absence de motif réel a pour conséquence la nullité de l’ordonnance »⁴. Elle relève d’ailleurs régulièrement ce motif de cassation d’office⁵. Aussi, pour la Cour de cassation la décision de placement en détention provisoire doit comporter la référence à au moins l’un des motifs énumérés par la loi et les éléments de faits permettant de justifier la nécessité de la détention au regard de ce motif. Il faut également que la décision expose, même succinctement, les faits justifiant l’inculpation⁶, ou plutôt actuellement la mise en examen. La mise en examen qui ne serait pas justifiée par, au minimum,

¹ DANET (J.), « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ pén.* 2005 p. 133 à 139 ; LEAUTE (J.), « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *RSC* 1953 p. 47 à 61 ; HENNION (P.), *Preuve pénale et droits de l’homme*, Presses Universitaires du Septentrion, 2000, n°342 à 356.

² Article 100 alinéa 2 du CPP. Voir également PORTERON (C.), « Nullité des écoutes téléphoniques », *AJ pén.* 2005 p. 145 à 147 ; Crim. 6 octobre 1999, *Bull.* n°210 ; Crim. 16 mai 2000, *Bull.* n°190.

³ Crim. 15 juin 1972, *D.* 1972 SC p. 178. Voir également Crim. 22 juin 1971, *JCP* 1971 II 16915 note ROBERT (J.), *D.* 1971 p. 546 note PRADEL (J.).

⁴ Versailles 1^{er} juin 1990, *D.* 1990 p. 491 note AZIBERT (G.) ; Crim. 7 août 1971, *D.* 1972 p. 318 note LESCURE (M.) et ROBERT (E.).

⁵ Note PRADEL (J.), sous Crim. 19 février 1980, Aff. Espié et Aff. Zaccaria, *in* PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°33.

⁶ Crim. 19 février 1980, Aff. Espié et Aff. Zaccaria, *in ibid.* ; Crim. 25 octobre 1988, *D.* 1988 IR p. 292.

des indices graves ou concordants serait nulle. Ainsi, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation sera régulier l'arrêt qui énonce que « des investigations étant en cours, il y avait lieu de craindre, vu la gravité et la nature des faits de proxénétisme, objets de l'information, que l'inculpé se livre à des pressions sur des témoins particulièrement exposés dans ces sortes d'affaires »¹. Il convient de souligner que lorsqu'une personne est placée en détention provisoire pour la deuxième fois dans la même affaire, il faut que les juges constatent « l'existence de circonstances nouvelles entrant dans les prévisions de l'article 144 et justifiant au regard des nécessités actuelles de l'instruction » cette nouvelle mesure, la requalification des faits demeurés identiques ou l'éventualité d'une sortie de prison dans le cadre d'un aménagement de peine, ne constituant pas une circonstance nouvelle². De plus, l'absence de motivation de l'insuffisance du contrôle judiciaire entraînera la nullité du placement en détention provisoire³. « Méconnaît l'article 137 du Code de procédure pénale la Chambre de l'instruction qui confirme l'ordonnance [de placement sous contrôle judiciaire] sans préciser les circonstances justifiant, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, le placement sous contrôle judiciaire »⁴. Est également nulle la décision d'appel qui « confirme l'obligation prévue par l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire de la personne mise en examen d'interdiction de recevoir, de rencontrer ou d'entrer en relation, de quelque façon que ce soit, avec « tout membre du parquet » près le tribunal auquel appartient le juge d'instruction sans désigner avec une précision suffisante les personnes concernées et sans établir un rapport entre ces personnes et les faits reprochés »⁵. Enfin, en matière de contrôle d'identité, le législateur ayant imposé la motivation de ce dernier dans le procès-verbal de vérification d'identité, la Cour de cassation exige une motivation concrète qui ne soit pas une simple clause de style, telle que la description du comportement de la personne contrôlée⁶. De simples considérations « générales et abstraites » sont insuffisantes à justifier de manière légale le contrôle d'identité même simplement administratif⁷.

380. Par ailleurs, la Cour de cassation semble exiger une certaine motivation de la contrainte même lorsque le législateur n'a pas imposé cette obligation. Ainsi, en matière de perquisition, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que doit être confirmé l'arrêt d'une cour d'appel qui a refusé d'annuler les perquisitions réalisées sans qu'il soit établi un lien de connexité

¹ Crim. 19 février 1980, Aff. Espié et Zaccaria, *in ibid.*

² Crim. 17 mai 1994 et 16 novembre 1987, *Dr. Pén.* 1994 Chr. p. 54 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.).

³ Crim. 16 juillet 1997, *Bull.* n°273 ; Crim. 18 juin 1998, *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°3 MARSAT (C.)

⁴ Crim. 13 février 2002, *JCP* 2002 IV 1604, *Dr. Pén.* 2002 Chr. n°30 MARSAT (C.).

⁵ Crim. 13 juin 2006, *Bull.* n°175.

⁶ Crim. 13 janvier 1986, *Bull.* n°19.

⁷ Crim. 12 mai 1999, Aff. Bregeat et autres, *Bull.* n°95 ; *Procédures* 1999 Comm. n°279 note BUISSON (J.).

entre les personnes au domicile desquelles les perquisitions ont eu lieu, dès lors que la Cour d’appel a relevé que «cette perquisition a été pratiquée parce que auparavant les enquêteurs avaient constaté que les deux suspects se rendaient dans l’établissement tenu par Musso qui pouvait leur servir de lieu de ralliement » et à ce titre paraissait détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés¹. Est, en revanche, une cause de nullité le fait pour le juge de ne pas avoir indiqué pour quelle infraction la perquisition doit avoir lieu en particulier quand il délivre une commission rogatoire², ainsi que le fait pour des policiers de pratiquer une perquisition sans l’accord de la personne et sans que soit relevé un indice objectif permettant de caractériser la flagrance³. Est au contraire justifiée la décision d’une cour d’appel rejetant la nullité d’une perquisition et des saisies effectuées dès lors que la Cour d’appel a établi que « les saisies effectuées, en relation directe avec l’infraction objet de la poursuite, étaient destinées à apporter la preuve de la participation éventuelle de France X à cette seule infraction et ont été limitées aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité »⁴. Même si le législateur n’a pas prévu expressément que la décision de mise en œuvre de la contrainte devait être motivée ni que l’absence d’indication de la nécessité de recourir à la mesure de contrainte constitue une cause de nullité, rien n’interdit au juge de considérer que tel est le cas.

381. « Le contrôle de motivation constitue une tâche essentielle de la Cour de cassation » qui doit s’attacher à vérifier que les décisions sont motivées et ce de manière ni contradictoire ni dubitative ou hypothétique. La Cour de cassation vérifie également la qualité de cette motivation s’assurant que celle-ci est complète, c’est-à-dire qu’elle comporte tous les éléments factuels justifiant l’application de la règle choisie, et précise⁵. Certes, ces remarques sont relatives aux décisions relatives à la culpabilité dont est saisie la Cour de cassation. Cependant, dès lors que la motivation de la nécessité du recours aux mesures de contrainte s’impose pour une protection effective de la liberté individuelle, il est logique que la Cour de cassation procède de la même façon en la matière. La protection de la liberté individuelle impose que tout recours à la contrainte non motivé ou insuffisamment motivé soit nul même si le législateur ne l’a pas prévu expressément.

¹ Crim. 27 janvier 1987, *Bull.* n°41 ; *D.* 1988 p. 179 note DAROLLE (B.). Voir également dans le même sens Crim. 30 mai 1980, *D.* 1981 p. 533 note JEANDIDIER (W.).

² Crim. 16 avril 1970, *Bull.* n°134.

³ Crim. 8 février 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°128 note MARON (A.).

⁴ Crim. 1^{er} mars 2006, *Bull.* n°60. Dans le même sens déjà Crim. 5 décembre 2000, *Bull.* n°362, *JCP* 2001 II 10615 note CONTE (P.), *RSC* 2001 p. 604 et 605 Chr. FRANCILLON (J.).

⁵ Voir GUILLERMET (C.J.), *La motivation des décisions de justice La vertu pédagogique de la justice*, *op. cit.*, p. 57 à 76.

382. Le législateur a également institué un recours tendant directement au contrôle de la nécessité d'une mesure de contrainte, en l'occurrence de la détention provisoire, en raison de la gravité de celle-ci.

2°/ Le référé-liberté

383. Depuis la loi du 30 décembre 1996¹, l'article 187-1 du Code de procédure pénale dispose qu'en « cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la Chambre de l'instruction ou, en cas d'empêchement, au magistrat qui le remplace, d'examiner immédiatement son appel sans attendre l'audience de la Chambre de l'instruction. Cette demande doit, à peine d'irrecevabilité, être formée en même temps que l'appel devant la Chambre de l'instruction. [...] Le président de la Chambre de l'instruction ou le magistrat qui le remplace peut, s'il estime que les conditions prévues par l'article 144 ne sont pas remplies, infirmer l'ordonnance du juge d'instruction [du juge des libertés et de la détention depuis la loi du 15 juin 2000] et ordonner la remise en liberté de la personne. La Chambre de l'instruction est alors dessaisie. [...] ».

La loi du 24 août 1993² avait prévu que le référé-liberté permettait seulement au président de la Chambre d'accusation de déclarer suspensif l'appel et d'ordonner la mise en liberté de la personne en attendant l'examen de l'appel par la chambre dès lors que le placement en détention provisoire lui paraissait manifestement infondé. Cette procédure avait été créée pour contrebalancer la suppression du juge délégué compétent pour le placement en détention provisoire. Elle était peu utilisée en pratique en raison, notamment, du faible nombre des appels interjetés contre les décisions de placement en détention provisoire, du fait que le président ne pouvait ordonner un contrôle judiciaire, mais aussi du fait que le contrôle était limité à la seule erreur manifeste du juge³. La loi du 30 décembre 1996⁴ a ainsi renforcé les pouvoirs du président de la Chambre d'accusation. Celui-ci peut désormais ordonner la mise en liberté de la personne

¹ Préc..

² Loi n°93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale.

³ Voir GUIBERT (S.), *La détention provisoire au cours de l'instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, Editions Septentrion, coll. Thèse à la carte, 2000, n° 301 à 318 ; ARRIGHI (C.), « L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993 », *RSC* 1995 p. 271 à 279 ; BRAULT-JAMIN (V.), « La réforme de la procédure dite du 'référé-liberté' (article 11 de la loi n°96-1235 du 30 décembre 1996) Chronique d'un échec peut-être remédiable », *Rev. pénit.* 1997 p. 159 à 174.

⁴ Préc..

dès lors qu’il estime que le placement en détention « n’est pas justifié au regard des conditions prévues par la loi » selon la circulaire du 3 mars 1997 commentant la loi du 30 décembre 1996. Il ne procède donc plus à un simple contrôle « de l’erreur manifeste d’appréciation » permettant une mise en liberté provisoire dans l’attente d’un examen approfondi de la décision par la Chambre de l’instruction, mais à un véritable contrôle de la nécessité de recourir à cette mesure. De plus, il peut ordonner le placement sous contrôle judiciaire.

384. Il faut noter que depuis la loi du 15 juin 2000¹, selon l’article 187-2 du Code de procédure pénale « la personne qui forme le recours prévu par l’article 187-1 peut demander à ce qu’il soit directement examiné par la Chambre de l’instruction. Il est alors statué au plus tard, au vu des éléments du dossier, le cinquième jour ouvrable suivant la demande ». Cette procédure de référé et, plus particulièrement, le faible délai imparti à la Chambre de l’instruction ou à son président pour statuer, soulignent l’urgence de vérifier la nécessité du placement en détention provisoire, un placement injustifié étant gravement attentatoire à la liberté individuelle. Ce contrôle a ainsi pour objectif de renforcer la protection de la liberté individuelle.

385. Le rapport Léger de septembre 2009 prévoyait la suppression du référé-liberté. Certains auteurs se sont interrogés sur les raisons de cette suppression² en raison des garanties que représente cette procédure. Aussi, l’avant projet de Code de procédure pénale de mars 2010 a-t-il maintenu ce mécanisme.

386. Toutefois, le contrôle *a posteriori* de la nécessité est par nature insuffisant.

B- La relativité du contrôle a posteriori

387. L’étude des décisions de la Cour de cassation relatives au contrôle de l’adéquation de la mesure mise en œuvre conduit à se demander si la nécessité du recours à une mesure de

¹ Préc..

² GUERIN (D.), « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009 Dossier n°6.

contrainte n'est pas une quasi clause de style (1°). Une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation laisse, toutefois, penser à une amélioration de ce contrôle (2°).

1°/ Une quasi clause de style

388. La Cour de cassation procède à un contrôle limité de la nécessité de la contrainte. En effet, son contrôle des nécessités de l'enquête varie selon la nature de la mesure de contrainte en cause. De plus, elle ne procède qu'à un contrôle relativement formel des motifs et de l'apparence d'infraction ou d'imputabilité.

389. Un contrôle variable des nécessités de l'enquête. Un vieil arrêt de la Cour de cassation estime qu'une erreur d'appréciation quant à l'opportunité d'une perquisition ne peut entraîner ni sanction ni réparation, sauf fraude, dol ou faute lourde¹. Il est vrai que l'opportunité au sens commun de la mise en œuvre d'une mesure de contrainte ne peut relever que de l'appréciation de l'autorité titulaire de la mesure. Toutefois, il ne faut pas oublier que les nécessités de l'enquête constituent une condition de légalité des mesures de contrainte. Les juges devraient dès lors s'assurer, par exemple, que la garde à vue mise en œuvre était bien justifiée par ces nécessités. A défaut, en effet, d'une telle justification, un détournement de la procédure pourrait être constaté. A ce titre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le 5 décembre 2000, a rejeté, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, le pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel de Paris ayant refusé de prononcer la nullité d'une perquisition effectuée dans des locaux de presse. La Cour d'appel avait, en effet, souligné que « limités dans le temps et dans l'espace, ces actes d'investigation, en l'absence de tout autre élément permettant la manifestation de la vérité, étaient seuls susceptibles d'aider à la recherche des auteurs et des complices des faits poursuivis ». La Cour de cassation admet ainsi que les juges du fond contrôlent la nécessité de la mesure de contrainte pour l'enquête².

390. Le 4 janvier 2005, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu, sur ce point, une décision fort inquiétante. Elle a estimé que le placement en garde à vue « relève d'une faculté

¹ Crim. 11 avril 1938, *D.H.* 1938 p. 338.

² Crim. 5 décembre 2000, *Bull.* n°362 ; *RSC* 2001 p. 604 obs. FRANCILLON (J.).

que l’officier de police judiciaire tient de la loi et qu’il exerce, dans les conditions qu’elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d’instruction » et qu’une Cour d’appel excède ses pouvoirs en décidant que la garde à vue est nulle car elle ne « répondait pas aux nécessités de l’enquête »¹. La Cour de cassation refuse de limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités titulaires de la contrainte et sanctionne donc les Cours d’appel qui se risqueraient à contrôler la nécessité du placement en garde à vue. Ainsi, seuls l’officier de police judiciaire et le procureur de la République, ou éventuellement le juge d’instruction quand la garde à vue se déroule pendant l’instruction, avertis du placement en garde à vue apprécieront la nécessité de cette mesure². Cette solution a été confirmée dans un arrêt du 14 juin 2006³.

Selon certains auteurs « à défaut d’être contrôlées par le juge répressif, les nécessités de l’enquête justifiant toute décision de placement en garde à vue ne sont pas moins soumises à l’appréciation de l’autorité judiciaire, puisqu’elles relèvent du procureur de la République ou du juge d’instruction, lesquels, informés dès le début de la mesure de rétention, sont chargés d’en vérifier le déroulement. La garde à vue n’étant pas juridiquement une mesure de détention, la procédure de contrôle assumée par ces magistrats nous semble satisfaisante en regard des exigences posée par l’article 5 de la Convention européenne »⁴.

Cependant, la garde à vue constitue une mesure privative de liberté et la Cour européenne des droits de l’homme, ainsi que la Cour de cassation, considèrent que l’article 5 de la Convention européenne des droits de l’homme s’applique également à cette mesure. De plus, ce contrôle est laissé à des magistrats dont l’impartialité peut être contestée et dont le pouvoir à ce stade est limité puisqu’ils ne peuvent que libérer la personne mais non prononcer la nullité de la mesure, cette sanction relevant de la seule compétence de la Chambre de l’instruction. Aussi, est-il possible de regretter une telle position de la Cour de cassation, surtout lorsque l’on se rappelle que l’article préliminaire du Code de procédure pénale pose pour principe que toute mesure de contrainte doit être nécessaire. Alors qu’elle renvoie aux juridictions du fond le contrôle de l’opportunité d’autres mesures de contrainte, pourquoi adopte-elle une telle solution en matière de garde à vue ? La motivation de cette décision de la Cour de cassation est pour le moins succincte. Comme le souligne Monsieur Conte, « une telle décision apparaît alors comme une ultime manifestation de l’hostilité très ancienne de nos magistrats à l’idée d’annuler une garde à

¹ Crim. 4 janvier 2005, *D.* 2005 p. 761 note LENNON (J.L.), *D.* 2006 Chr. p. 620 note PRADEL (J.), *Dr. Pén.* 2005 Comm. n°49 note MARON (A.) ; LENNON (J.L.), « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006 Chr. p. 887 à 891 ; *JCP* 2005 II 10176 note CONTE (P.).

² Crim. 27 janvier 1987, *Bull.* n°41.

³ Crim. 14 juin 2006, pourvoi n°02-83401, inédit.

⁴ LENNON (J.L.), « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006 Chr. p. 887 à 891.

vue, comme un ultime écho à la position qui consista, si longtemps, à subordonner son annulation à la preuve que l'irrégularité l'affectant avait vicié fondamentalement la recherche et l'établissement de la vérité – soit la preuve quasi impossible à rapporter »¹. La garde à vue semble ainsi le bastion d'un pouvoir discrétionnaire quasi absolu.

391. Un contrôle formel de la présence des motifs légaux et de l'apparence d'infraction.

Lorsque le législateur impose une certaine motivation de la décision de mettre en œuvre une mesure de contrainte, la Cour de cassation semble se contenter d'un contrôle formel de ces motifs. Une telle remarque peut être relevée en matière de détention provisoire malgré la gravité de cette mesure². Ainsi, si la Cour de cassation estime injustifiée la décision qui ne précise pas en quoi les obligations du contrôle judiciaire sont insuffisantes³, elle accepte que les motifs de l'article 144 du Code de procédure pénale fondant la détention provisoire soient également utilisés pour justifier le caractère insuffisant du contrôle judiciaire. Dès lors, est régulier l'arrêt qui énonce que « les possibilités de rencontre avec les victimes [en cas de poursuite pour agression sexuelle sur mineur] ont pour conséquence que les risques de réitération sont réels et que la détention provisoire est l'unique moyen de prévenir le renouvellement de l'infraction, les obligations du contrôle judiciaire ne suffisant pas à satisfaire efficacement à ces exigences »⁴. Cette motivation paraît pourtant redondante, « superfétatoire »⁵.

L'énumération des motifs, par exemple de la détention provisoire, a fait dire à certains auteurs que la motivation « renvoie [en réalité] non à la suggestion d'une motivation concrète et utile, mais uniquement à la retranscription de critères législatifs prédéfinis. La décision doit alors correspondre aux canons rigides définis par la loi. Le caractère « spécial » [de la motivation] s'entend en réalité d'un respect scrupuleux des motifs légaux, qui sont alors intégrés à la décision, et non d'une pertinence et d'une précision particulières »⁶. Toutefois, une telle explication vaut peut être pour le placement en détention provisoire pour lequel le législateur a précisé les motifs, mais la même remarque peut-elle vraiment être reprise pour d'autres mesures de contrainte, tels que le contrôle d'identité pour lequel le législateur se contente d'exiger que le procès-verbal en indique « les motifs » ? La Cour de cassation ne semble pas procéder à un contrôle différent selon

¹ Note sous Crim. 4 janvier 2005, *JCP* 2005 II 10176.

² Crim. 25 juin 1959, Aff Lacour, *JCP* 1959 II 11288 Conclusions de l'avocat général GERTHOFFER et obs. VOUIN (R.). Après l'entrée en vigueur de la loi de 1970, voir Crim. 21 août 1971, *Bull.* n°248 ; AYDALOT (M.), « La liberté et la détention provisoires dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 271 à 298 ; Crim. 28 mars 2007, pourvoi n°07-80201, inédit ; Crim. 19 juin 2007, pourvoi n°07-82490, inédit.

³ Voir notamment Crim. 19 août 1997, *Bull.* n°284.

⁴ Voir notamment Crim. 16 septembre 1997, *RSC* 1998 p. 149 note DINTILHAC (J.P.), *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°160 et Chr. n°26 note MARON (A.).

⁵ BUISSON (J.), note sous Crim. 25 mars 1998, *Procédures* 1998 Comm. n°203.

⁶ GUILLERMET (C.J.), *La motivation des décisions de justice La vertu pédagogique de la justice*, *op. cit.*, p. 94.

le type de mesure de contrainte. De plus, si l’énumération par le législateur des motifs du placement en détention provisoire avait pour conséquence de limiter la qualité de la motivation de la décision de recourir à une telle mesure de contrainte, cela aurait pour curieux effet de limiter quelque peu la protection de la liberté individuelle que le législateur souhaitait au contraire renforcer par cette énumération. En effet, cela revient à admettre que les motifs de l’article 144 ne sont que des clauses de style.

392. Certes, la Cour de cassation n’est que juge du droit. Il est, par conséquent, assez délicat de lui reprocher de ne pas procéder à l’appréciation de l’existence effective des conditions légales de la contrainte, une telle appréciation se rapprochant d’un contrôle du fait. Cependant, il ne faut pas oublier que lorsqu’elles décident d’avoir recours à la contrainte, les autorités détentrices d’un tel pouvoir ont également l’obligation de s’assurer que la situation démontre au minimum l’apparence d’un trouble à l’ordre public et d’une participation à une infraction qui dans certaines hypothèses doit pouvoir être qualifiée au regard d’un texte précis. La Cour de cassation pourrait donc au moins s’assurer que la qualification des faits est fondée sur une quelconque réalité et non une simple clause de style. Il apparaît qu’elle se contente de vérifier que la qualification choisie correspond à ce que le législateur exige mais ne vérifie pas si elle paraît adaptée aux faits en l’état de la procédure. Ainsi, dans l’affaire Lacour, un individu avait payé un deuxième individu pour qu’il en tue un troisième. Cependant, la personne payée n’était pas passée à l’acte et avait au contraire dénoncé le payeur, Monsieur Lacour. Ce dernier a été poursuivi pour tentative d’assassinat et placé en détention provisoire de ce chef. En l’espèce, aucune tentative d’assassinat n’avait eu lieu puisque le paiement ne peut être qualifié de commencement d’exécution du meurtre. Si l’assassinat avait eu lieu comme prévu, Monsieur Lacour aurait pu être poursuivi pour complicité par provocation d’assassinat. En l’absence de tout commencement d’exécution de l’infraction principale, la seule qualification éventuellement envisageable dans cette espèce était celle de tentative de complicité d’assassinat. En droit pénal français il est clairement établi qu’il ne peut y avoir de tentative de complicité. Par conséquent, les faits ne pouvaient pas faire l’objet d’une quelconque qualification¹. Pourtant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 1959 a estimé que cela relève du pouvoir souverain d’appréciation des juges du fond et ne doit être contrôlé qu’au moment du jugement. Comme s’en inquiète Monsieur Vouin, « tout ce régime de garanties serait vain si une personne pouvait être maintenue en détention

¹ En ce sens voir Crim. 25 octobre 1962, Aff. Schieb et Benamar, in PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2009, n°33.

préventive alors que les seuls faits qui lui seraient reprochés ne tomberaient pas sous le coup de la loi pénale. S'il suffisait d'inculper quiconque de n'importe quoi pour justifier un maintien en détention jusqu'à décision définitive, si la Chambre criminelle de la Cour de cassation se refusait à contrôler la légalité des détentions préventives en cours d'information, alors nos libertés individuelles seraient très gravement menacées. Et à qui en pourrions-nous, désormais, demander la sauvegarde ? »¹.

Certes, il pourrait être objecté qu'il s'agit d'une décision ancienne. Pourtant, il ne semble pas que la jurisprudence de la Cour de cassation ait réellement évolué en la matière. De plus, il paraît possible d'étendre cette remarque à l'existence des raisons plausibles de soupçonner par exemple. En effet, si ces éléments de motivation ne sont pas fondés sur une quelconque réalité mais ne constituent qu'une clause de style, il semble possible de relever une absence de base légale, les conditions posées par les textes n'étant pas remplies². Par ailleurs, la Cour de cassation devrait s'assurer que les autorités titulaires de la contrainte se sont placées dans les meilleures conditions pour apprécier les éléments de fait déterminant leur décision.

2°/ Une évolution jurisprudentielle

393. La Cour de cassation semble renforcer l'encadrement de l'appréciation de la nécessité de certaines mesures de contrainte. En effet, peu à peu, elle renvoie moins souvent au pouvoir souverain des juges du fond et adopte une motivation de plus en plus précise.

394. L'absence de renvoi au pouvoir souverain des juges du fond. Dans un arrêt rendu le 1^{er} mars 2006, la Cour de cassation relève à propos de la sonorisation d'un parloir que « les opérations, ordonnées par le juge d'instruction, pour une durée limitée, ont été placées en permanence sous son autorité et son contrôle et ont été justifiées par la nécessité de rechercher la manifestation de la vérité, relativement à des infractions portant gravement atteinte à l'ordre

¹ VOUIN (R.) observations sous Crim. 25 juin 1959, Aff Lacour, *JCP* 1959 II 11288. Voir également AYDALOT (M.), « La liberté et la détention provisoires dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *préc.*

² Sur la question du contrôle de la nécessité de la détention provisoire par la Cour de cassation voir également : HENRY (H.), *Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal*, Thèse Montpellier I, 1976, p. 358 à 360 ; GUIBERT (S.), *La détention provisoire au cours de l'instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, *op. cit.*, p. 330 à 356 soulignant le faible nombre des pourvois et des arrêts de cassation en la matière et concluant ainsi au respect des textes par les juridictions du fond.

public, telles celles prévues et définies par l’article 706-73, alinéa 14, du Code de procédure pénale¹. La Cour de cassation ne renvoie pas au pouvoir souverain des juges de fond quant à l’appréciation de l’opportunité de la mesure ordonnée. Elle se contente d’affirmer la nécessité de la mesure au regard de la gravité de l’infraction commise. Elle ne procède donc pas à une appréciation réellement *in concreto* de l’opportunité de la mesure puisqu’elle n’en vérifie pas l’utilité dans la procédure en cours. Si cette décision semble ainsi marquer une certaine évolution, celle-ci n’est pas totale.

395. Cette jurisprudence s’explique, toutefois, par l’existence d’un pouvoir discrétionnaire des autorités titulaires de la contrainte s’agissant de l’opportunité et du choix des mesures de contrainte. En effet, lorsque l’administration se voit attribuer un pouvoir discrétionnaire seul un contrôle de l’erreur manifeste d’appréciation peut, en principe, être mis en œuvre².

396. Vers un renforcement de la précision de la Cour de cassation. La Cour de cassation est allée plus loin dans un arrêt du 30 octobre 2006³. Cet arrêt est relatif à des perquisitions effectuées lors d’une information pour violation du secret de l’instruction et recel au siège de deux organes de presse à la suite de la publication dans deux journaux de la transcription *in extenso* de passages de procès-verbaux d’écoutes téléphoniques ordonnées lors d’une enquête relative au dopage dans le milieu du cyclisme. Dans cette affaire, pour rejeter la nullité des perquisitions, la Chambre de l’instruction avait estimé « que l’ensemble de ces investigations, qui ont visé le juge d’instruction, entendu, et les membres de la police judiciaire, représentants de l’autorité judiciaire, et qui ont consisté pour partie d’entre elles, en des mesures secrètes faites à l’insu des intéressés, n’avait pas permis de réunir d’éléments suffisants de nature à constituer, à ce niveau de l’instruction et ultérieurement des charges permettant le renvoi devant la juridiction correctionnelle ; qu’ainsi, des recherches au sein des organes de presse ayant publié les informations violant le secret de l’instruction devenaient la seule mesure utile à la manifestation de la vérité ; [...] que dès lors, ces actes d’instruction, perquisitions, saisies et placements sous

¹ Crim. 1^{er} mars 2006, *Procédures* 2006 Comm. n°142 note BUISSON (J.) ; D. 2006 p. 1504 à 1507 note PRADEL (J.), *AJ pén.* 2006 p. 222 obs. CERE (J.P.) ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 7^e édition, 2009, n°17.

² Voir notamment GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, 19^e édition, LGDJ, 2010, p. 109 ; DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16^e édition, 2001, n°1246.

³ Crim. 30 octobre 2006, *Dr. Pén.* 2007 Comm. n°13 note MARON (A.) ; FOURMENT (F.), MICHALSKI (C.) et PIOT (P.), « Les actes de perquisition opérés ont été nécessaires et proportionnés au sens de l’article 10 de la Convention EDH », *JCP* 2007 II 10054.

scellés, effectués en conformité avec les restrictions prévues à l'article 56-2 du Code de procédure pénale, constituaient une ingérence nécessaire et proportionnée en regard des exigences relatives au respect du secret des sources journalistiques et poursuivaient un but légitime ; qu'en conséquence, ces opérations de perquisition, ainsi que les saisies décidées durant celles-ci, ont été accomplies dans le respect des principes tirés de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme ». Le détail de la motivation de la Cour d'appel s'agissant de la nécessité, de l'opportunité, de la mesure ordonnée doit d'ailleurs être souligné.

Alors que la Cour de cassation a l'habitude dans un tel cas de renvoyer au pouvoir souverain des juges du fond, elle a aussi procédé avec une étonnante précision dans cette affaire. En effet, répondant aux moyens du pourvoi relevant qu'il existait d'autres moyens de rechercher les auteurs des faits ainsi qu'en conséquence l'absence de base légale de la décision de la Cour d'appel, la Chambre criminelle de la Cour de cassation répond de manière si détaillée qu'il paraît important de reprendre ici l'intégralité de ses motifs. Tout d'abord, elle estime que « en l'état de ces motifs, desquels il résulte que l'ingérence était nécessaire et proportionnée au but légitime visé, la Chambre de l'instruction a justifié sa décision au regard des exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Ce faisant elle reprend sa jurisprudence traditionnelle et en principe sa décision aurait dû s'arrêter là. Pourtant elle continue et relève « que d'une part, l'accomplissement d'actes d'instruction postérieurement aux perquisitions diligentées n'implique pas que ces dernières n'aient pas été indispensables au moment où elles ont été effectuées ; que d'autre part, la nécessité et la proportionnalité d'un acte sont indépendantes de son résultat ; qu'en outre, aucune disposition n'impose de rechercher l'auteur de l'infraction de violation du secret de l'instruction avant de tenter d'identifier les auteurs d'un éventuel recel ; que, par ailleurs, les mesures critiquées, qui ont pour fondement des dispositions légales accessibles et prévisibles, ont été mises en œuvre en raison de la divulgation du contenu, devant légalement demeurer secret, de pièces issues d'une information en cours et constituent des mesures justifiées tant par les impératifs d'intérêt public de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence, que par la préservation d'informations confidentielles ainsi que par la nécessité de se prémunir contre des agissements de nature à entraver la manifestation de la vérité ; [...] D'où il suit que le moyen doit être écarté ».

397. En écartant son motif traditionnel du pouvoir souverain des juges du fond et par la formulation de cet arrêt, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble indiquer qu'elle a

procédé à un contrôle plus strict de la nécessité des mesures en cause, vérifiant elle-même l’appréciation effectuée par la Chambre de l’instruction et ne se limitant pas à un contrôle purement formel¹. Cette motivation rappelle d’ailleurs les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme. La Cour de cassation semble ainsi admettre une redéfinition du contrôle qu’elle exerce sur la nécessité des mesures de contrainte. Au-delà du seul contrôle des motifs de la nécessité de la contrainte, elle en contrôle également l’opportunité et le choix. Elle a ainsi mis en place dans cette décision un encadrement supérieur du pouvoir discrétionnaire des autorités titulaires de la contrainte. Elle a repris le même type de motivation dans un arrêt du 4 décembre 2007 également relatif à des perquisitions dans des locaux de presse. Dans cet arrêt, elle a pris le soin de rejeter l’argument selon lequel « il relève de la seule conscience du juge d’instruction de déterminer, en cette matière, s’il doit ou non procéder à la perquisition envisagée »². Si une telle évolution est heureuse au regard de la protection de la liberté individuelle, il reste à espérer que la Cour ne revienne pas à sa jurisprudence ancienne et qu’elle ne cantonne pas ce contrôle aux seules perquisitions effectuées dans les locaux d’organes de presse.

398. Conclusion. L’appréciation de la nécessité de la mise en œuvre de la contrainte suppose une certaine liberté des autorités titulaires de ce pouvoir puisqu’elles seules peuvent apprécier l’adéquation de telle ou telle mesure aux circonstances de fait et aux besoins concrets de la recherche de la vérité. Cette liberté d’appréciation est un corollaire de la protection de la liberté individuelle. Il est donc naturel que le législateur ait reconnu aux autorités titulaires de la contrainte un pouvoir discrétionnaire en la matière. Toutefois, ce pouvoir est progressivement subordonné à un certain nombre de conditions légales dans un souci d’effectivité du respect de la liberté individuelle. Cet encadrement de la liberté d’appréciation des autorités titulaires d’un pouvoir de contrainte n’est pas encore total et mériterait sur de nombreux points d’être amélioré. Ainsi, il paraît opportun que le législateur impose une réelle motivation des décisions de mise en œuvre de la contrainte assortie d’une sanction permettant au juge judiciaire d’assurer pleinement son rôle de gardien de la liberté individuelle. Certes, le juge judiciaire a peu à peu mis en place un encadrement de l’opportunité et du choix de la mesure allant au-delà des exigences du législateur. Toutefois, par définition, cet encadrement est par nature instable.

¹ Sur la formulation des arrêts de la Cour de cassation et la portée du contrôle effectué que révèle cette formulation voir FROUIN (J.Y.), « La construction formelle et intellectuelle d’un arrêt », et « la technique de cassation (synthèse) », *LPA* 25 janvier 2007 p15 à 21 et 53 à 55.

² Crim. 4 décembre 2007, *Procédures* 2008 Comm. n°59 note BUISSON (J.).

399. De plus, une protection effective de la liberté individuelle ne suppose pas seulement que le recours à une mesure de contrainte soit nécessaire au regard des circonstances. Il convient également que la mesure soit proportionnée dans son exécution.

Partie I – L’encadrement moderne : l’effectivité de la liberté individuelle

Titre II – Une contrainte raisonnable Ch.2 - Une contrainte proportionnée

Ch2- Une contrainte proportionnée

400. La nécessité de la mesure de contrainte ne suffit pas à protéger la liberté individuelle contre les atteintes excessives. Encore faut-il que l'atteinte soit proportionnée. D'ailleurs, l'article préliminaire du Code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000¹, dispose que « les mesures de contrainte doivent être [...] proportionnées à la gravité de l'infraction [...] ». Afin d'assurer l'effectivité de la liberté individuelle, à l'instar de la cour européenne des droits de l'homme, le législateur français prend soin de consacrer le principe de la proportionnalité *in concreto* des mesures de contrainte². Toutefois, encore aujourd'hui, cette consécration reste inachevée (I) et l'application effective de ce principe n'est que relative (II).

Section I- Une consécration légale inachevée

401. L'étude des dispositions légales internes conduit à constater la variété des définitions de la proportionnalité *in concreto* des mesures de contrainte (§1). Complétant ces définitions, le législateur français et la jurisprudence ont, peu à peu, mis en place une liste des critères d'appréciation de la proportionnalité guidant les autorités titulaires du pouvoir de contrainte (§2).

§1- Des définitions variées de la proportionnalité *in concreto*

¹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

² Sur l'ensemble de ce point voir STAEGGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, Thèse Lyon 3, 2002, plus particulièrement p. 254 à 321.

402. Face à l’échec des définitions traditionnelles d’ordre quantitatif de la proportionnalité *in concreto* de la contrainte (A), le législateur opte, de plus en plus et à titre complémentaire pour une définition qualitative fondée sur des standards (B).

A- L’échec des définitions quantitatives

403. L’élasticité (1°) et l’insuffisance (2°) des définitions quantitatives remettent en cause l’efficacité de celles-ci pour assurer la proportionnalité *in concreto* des mesures de contrainte et, par ricochet, l’effectivité du respect de la liberté individuelle.

1°/ L’élasticité des définitions quantitatives

404. Les exemples de la durée de la garde à vue et de la détention provisoire illustrent parfaitement l’élasticité des définitions quantitatives élaborées par le législateur français. Alors qu’au fil des réformes ce dernier a multiplié les possibilités de prolongation de la garde à vue, il a restreint ces possibilités en matière de détention provisoire. Toutefois, dans les deux cas, il semble privilégier l’efficacité de la recherche de la vérité au détriment de la liberté individuelle pour les infractions les plus graves.

405. Les prolongations de la garde à vue. Dès l’entrée en vigueur du Code de procédure pénale, le législateur a limité la durée de la garde à vue à quarante-huit heures. Depuis le début des années 1960, la durée de cette mesure est caractérisée par une certaine instabilité en cas d’infractions graves. Ainsi, en matière de crime ou délit contre la sûreté de l’Etat, deux ordonnances des 13 février 1960 et 1^{er} septembre 1962, ainsi que deux lois du 15 janvier 1963¹ et du 17 juillet 1970², ont, tour à tour, permis une garde à vue de quatre-vingt seize heures, quinze jours, dix ou quinze jours et, enfin, de dix et douze jours en cas d’état d’urgence. Une loi du 31 décembre 1970³ a, quant à elle, autorisé une garde à vue de cinq jours en matière de trafic et usage

¹ Loi n°63-22 du 15 janvier 1963 relative à la répression des crimes et délits contre la sûreté de l’Etat.

² Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens

³ Loi n°70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l’usage illicite des substances vénéneuses.

de stupéfiants. A la suite de la vague terroriste qui a frappé la capitale française en 1986, le législateur a pris en compte les difficultés de la lutte contre de tels actes¹, en autorisant une garde à vue de quatre-vingt seize heures. Le Conseil constitutionnel a considéré ces dispositions conformes à la Constitution puisque ces infractions ont « pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » et supposent de ce fait « des recherches particulières ». Dès lors, ces règles dérogatoires au droit commun « ne sauraient, sans qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité devant la justice, être étendues à des infractions qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques et qui ne sont pas nécessairement en relation avec celles visées à l'article 706-16 nouveau du Code de procédure pénale »². Le cas particulier du terrorisme constitue pour le Conseil la seule justification de telles dérogations à la liberté individuelle. Cependant, la loi du 9 mars 2004³ a abrogé ces dispositions spécifiques au terrorisme et au trafic de stupéfiants et les a remplacé par des dispositions relatives à la criminalité et la délinquance organisées⁴. La garde à vue peut toujours atteindre quatre-vingt-seize heures, mais son domaine d'application est largement étendu. Allant encore plus loin dans l'extension d'une atteinte à la liberté individuelle au nom de la protection de l'ordre public, la loi du 23 janvier 2006⁵ prévoit, en matière de terrorisme, que le délai peut être porté à six jours au total. En effet, à l'issue du délai de droit commun de quarante-huit heures, une prolongation peut être classiquement décidée par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction pour quarante-huit heures, puis, et c'est là toute la nouveauté, une nouvelle prolongation de quarante-huit heures peut être ordonnée par le juge des libertés et de la détention en cas de « risques sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger ».

L'avant-projet de loi sur la garde à vue présenté le 7 septembre 2010 limitait la prolongation de vingt-quatre heures de la garde à vue de droit commun aux « crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an ». Cette prolongation ne pouvait être ordonnée

¹ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat. Sur cette loi de 1986 voir OTTENHOF (R.), « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *RSC* 1987 p. 607 à 619.

² Cons. Const. Décision n°86-231DC du 3 septembre 1986 Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat. Sur cette décision voir D'HAILLECOURT (C.), « L'article 9 », *in* sous la direction de CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993, p. 187 à 207.

³ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

⁴ En vertu de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, la criminalité et la délinquance organisée sont le meurtre en bande organisée, les tortures et actes de barbaries en bande organisée, le trafic de stupéfiants, l'enlèvement et la séquestration en bande organisée, les crimes et délits aggravés de proxénétisme, le vol commis en bande organisée, les actes de terrorisme notamment.

⁵ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers. Sur cette loi voir SCHWENDENER (M.), « La nouvelle garde à vue terrorisme issue de la loi du 23 janvier 2006 », *AJ pén.* 2006 p. 164.

qu’après présentation préalable de la personne au procureur de la République éventuellement par un moyen de communication audiovisuelle. Exceptionnellement, cette prolongation pouvait intervenir par une décision écrite et motivée sans présentation préalable. *A priori*, aucune modification du régime dérogatoire en matière de criminalité organisée et de terrorisme n’était envisagée. Il est vrai que, le 22 septembre 2010, le Conseil constitutionnel a encore confirmé la constitutionnalité de ce dernier. Saisi d’une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point, le Conseil a estimé que la durée exceptionnelle de six jours en matière de terrorisme est justifiée par la protection de « la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste imminente et précisément identifiée » et souligné qu’elle est « en outre décidée par le juge des libertés »¹. Sur ces divers points, la loi du 14 avril 2011² reprend les propositions de l’avant-projet de loi de septembre 2010.

406. Les prolongations de la détention provisoire. Le système encadrant la durée de la détention provisoire est devenu de plus en plus complexe au gré des multiples réformes législatives. Le législateur n’a pas hésité à introduire des variations autour du régime de base, prenant en compte la nature de l’infraction commise et la personnalité du détenu, ou plus exactement sa dangerosité.

407. En matière correctionnelle, la plupart des réformes vont dans le sens d’une réduction de la durée de cette mesure. Il existe des règles différentes selon l’infraction commise, la peine encourue et le passé judiciaire de la personne. Ainsi, dès la loi du 14 juillet 1865, le législateur a admis la mise en liberté de droit cinq jours après l’interrogatoire de première comparution des personnes domiciliées, encourageant au maximum deux ans d’emprisonnement et qui n’avaient pas été antérieurement condamnées pour un crime ou un délit à une peine d’emprisonnement de plus d’un an. Il s’agissait de la seule mise en liberté autorisée par le législateur avant la fin de l’instruction. Le décret-loi de 1939 a restreint cette possibilité³. L’entrée en vigueur du Code de procédure pénale n’a rien modifié sur ce point. La loi du 17 juillet 1970⁴ a permis la prolongation

¹ Cons. Const. Décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010.

² Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

³ Si la personne devait toujours être domiciliée en France et encourir une peine d’emprisonnement inférieure à deux ans, seules les personnes n’ayant pas été condamnées à une peine de prison supérieure à trois mois en matière délictuelle et n’ayant jamais été condamnées pour un crime, pouvaient bénéficier de cette mise en liberté de droit cinq jours après le premier interrogatoire.

⁴ Préc..

de la détention provisoire en matière correctionnelle par tranches successives de quatre mois. Aucune limite n'était fixée à ces prolongations. Ce n'est qu'à partir de la loi du 6 août 1975¹ que le législateur a progressivement limité les durées de la détention provisoire au regard de la gravité des faits, de la situation personnelle de l'individu et de son passé judiciaire. Les lois du 6 août 1975², du 6 juillet 1989³, du 30 décembre 1996⁴ vont toutes en ce sens. De même, depuis la loi du 15 juin 2000⁵, la détention provisoire ne peut être ordonnée que si une peine supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement est encourue⁶. La durée initiale de cette mesure est toujours de quatre mois. Cependant, en cas de délit puni d'une peine supérieure à cinq ans et inférieure à dix ans et si la personne a déjà été condamnée à un emprisonnement ferme supérieur à un an, la détention peut être prolongée par tranches successives de quatre mois jusqu'à un maximum d'un an. Depuis cette loi, plus aucune détention provisoire ordonnée en matière correctionnelle n'est possible sans limite dans le temps. Toutefois, à l'inverse de ce mouvement de réduction de la durée de la détention provisoire, la loi du 9 mars 2004⁷ a permis une nouvelle prolongation. Selon cette loi, si la personne encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement et que l'un des faits a été commis à l'étranger ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour infraction

¹ Loi n°75-701 du 6 août 1975 portant dispositions de procédure pénale.

² En vertu de la loi n°75-701 du 6 août 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale, si la personne n'avait pas été condamnée pour un crime ou un délit de droit commun à une peine d'emprisonnement sans sursis d'une durée supérieure à trois mois et n'encourait pas une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans, la détention provisoire ne pouvait être prolongée qu'une seule fois pour deux mois. La détention était, dès lors, dans cette seule hypothèse, limitée à six mois.

³ Loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relatif à la détention provisoire. Cette loi a, quant à elle, restreint les possibilités de prolongation de la détention provisoire en matière correctionnelle. Une détention de six mois maximum s'appliquait aux personnes encourant les mêmes peines mais n'ayant pas déjà été condamnées pour un crime ou un délit de droit commun à une peine d'emprisonnement sans sursis supérieure à un an. De plus, si la peine encourue ne dépassait pas cinq ans mais que la personne avait déjà été condamnée à une peine supérieure à un an, la détention provisoire pouvait être renouvelée par tranches successives de quatre mois pour une durée maximale de deux ans. En revanche, dès lors que la peine encourue dépassait les cinq ans, que la personne ait ou non déjà été condamnée, aucune limite n'était posée aux prolongations possibles par tranches successives de quatre mois.

⁴ Loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme. Cette loi a, de nouveau, restreint cette durée. La détention provisoire en matière délictuelle ne pouvait, selon elle, excéder huit mois sauf prolongations éventuelles de quatre mois après débat contradictoire. Ces renouvellements au-delà de huit mois ne pouvaient intervenir qu'une fois si la peine encourue était inférieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement. Si la peine encourue était supérieure à cinq ans et inférieure à dix ans, la détention provisoire ne pouvait excéder deux ans. En revanche, si la peine encourue était égale à dix ans, les prolongations n'étaient pas limitées dans le temps.

⁵ Préc..

⁶ La loi du 15 juin 2000 a supprimé toute distinction selon le type d'infraction commis. En effet, avant la loi du 15 juin 2000, la détention provisoire ne pouvait être ordonnée que si la peine encourue était d'un an d'emprisonnement en matière de délit flagrant, deux ans dans les autres cas et trois ans pour les infractions du livre III du Code pénal c'est-à-dire les infractions contre les biens. Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n°138 du 16 juin 2000 p. 9038.

⁷ Préc..

commise en bande organisée, la détention pourra atteindre deux ans bien que l’on se situe en matière correctionnelle.

408. En matière criminelle, il a fallu attendre la loi du 6 septembre 1989, pour que le législateur se décide à limiter quelque peu la durée de la détention provisoire. En vertu de cette loi, la détention provisoire en matière criminelle ne pouvait être ordonnée que pour un an maximum, le juge devant lui-même déterminer la durée de la mesure. Cependant, des prolongations étaient possibles, après débat contradictoire, par ordonnance motivée par tranches d’un an, sans autre limite que la clôture de l’instruction. La loi de 30 décembre 1996¹ a restreint ces prolongations à six mois, mais toujours sans fixer de durée maximale à la mesure. Aussi, la loi du 15 juin 2000² marque-t-elle en matière criminelle un grand pas quant au respect de la proportionnalité de la détention provisoire. En vertu de cette loi, en principe, la détention provisoire ne peut excéder deux ans. Ce maximum est porté à trois ans si la peine encourue est supérieure ou égale à vingt ans de réclusion ou détention criminelle, voir à quatre ans si l’infraction a été commise hors du territoire national ou si la personne est poursuivie pour plusieurs crimes des livres II et IV du Code pénal, c’est-à-dire contre les personnes ou contre la Nation, ou pour trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée.

409. La multiplication de ces réformes conduit à s’interroger sur l’efficacité réelle de cette définition quantitative à assurer la proportionnalité des mesures de contrainte les plus graves.

2°/ L’insuffisance des définitions quantitatives

410. Les hésitations du législateur en matière de détention provisoire et l’allongement progressif de la durée de la garde à vue conduisent à s’interroger sur la conformité des dispositions internes avec les exigences internationales en la matière. Une telle interrogation peut également être soulevée au sujet de certaines mesures n’ayant fait l’objet d’aucune réforme législative telles que les écoutes téléphoniques ou la sonorisation.

¹ Loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

² Préc..

411. Des réformes insatisfaisantes. On ne peut qu'être frappé par l'instabilité législative de la définition quantitative de l'étendue des mesures de contrainte les plus graves. En matière de détention provisoire, il est possible de relever la corrélation entre les interventions du législateur et les condamnations de l'Etat français par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la loi du 30 décembre 1996 fait suite à plusieurs condamnations de la France par cette Cour pour non respect du délai raisonnable de l'article 5§3¹. Ces condamnations ont d'ailleurs été largement médiatisées. Malgré les efforts du législateur en la matière depuis les années soixante-dix, la durée moyenne de la détention provisoire n'avait cessé d'augmenter. Certains auteurs n'hésitaient d'ailleurs pas à dénoncer l'hypocrisie du système², la garantie apportée par l'existence de ces délais-butoirs étant remise en cause par les nombreuses prolongations possibles pendant l'instruction ainsi qu'à l'issue de celle-ci. Certes, ce constat a été fait avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000. Cependant, de nombreuses prolongations sont encore aujourd'hui possibles en fonction des circonstances de l'affaire. La situation ne semble donc pas avoir réellement évolué. D'ailleurs, le rapport de la Commission d'enquête désignée à la suite de l'affaire d'Outreau a souligné que la durée moyenne de la détention provisoire était, en 2007, de 24,3 mois en matière criminelle. Il est, par conséquent, légitime de se demander si cette critique n'est pas toujours d'actualité et de s'interroger sur l'efficacité réelle de ce système des durées quantitatives et des mises en liberté automatiques s'agissant de garantir la proportionnalité de la contrainte. Certes, il existe des maxima qui ne peuvent être dépassés mais ils sont très longs. D'ailleurs, cela a encore été à l'origine de plusieurs condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en 2009³ sur le fondement de l'article 5§3.

412. En outre, la diversité des durées possibles peut également être dénoncée. Si le souhait du législateur est d'adapter au mieux la durée légale maximale aux circonstances d'espèce, cette multiplicité conduit à rendre le système complexe et peu compréhensible pour les justiciables. En ce sens, chargé d'améliorer la lisibilité du Code de procédure pénale, le Comité Léger a proposé de simplifier les délais-butoirs de la détention provisoire. Toutefois, sur ce point, l'avant-projet de Code présenté en mars 2010 n'apporte que des modifications de forme.

¹ Principalement CEDH 26 juin 1991, Letellier contre France, Requête n° 12369/86 ; CEDH 27 novembre 1991, Kemmache contre France, Requêtes n° 12325/86 et 14992/89 ; CEDH 27 août 1992, Tomasi contre France, Requête n° 12850/87.

² Voir notamment RASSAT (M.L.), *Manuel de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental Manuels, 2002, n°250.

³ CEDH 8 octobre 2009, Naudo contre France, Requête n°35469/06 ; CEDH 8 octobre 2009, Maloum contre France, Requête n°35471/06 ; CEDH 29 octobre 2009, Paradysz contre France, Requête n° 17020/05.

413. Les écoutes téléphoniques et la sonorisation. Les interceptions de correspondances par voie de télécommunication ne peuvent, selon la loi du 10 juillet 1991¹, excéder quatre mois. Cependant, le juge peut parfaitement renouveler l’interception dans les mêmes conditions de durée. Ainsi, en la matière, le législateur a opté pour un système de tranches, le juge devant renouveler la décision de recourir à cette mesure tous les quatre mois. Il n’existe pas de réels délais-butoirs, aucune limite absolue n’étant fixée dans le temps. La même remarque vaut pour la sonorisation au terme de l’article 706-98 du Code de procédure pénale.

D’ailleurs, la Cour européenne des droits de l’homme avait condamné la France en 1990, dans les affaires *Kruslin et Huvig*², au motif, notamment, que le système d’alors n’imposait aucune limite temporelle à ces interceptions. Il est donc possible de se demander si les dispositions actuelles ne risquent pas de conduire à une nouvelle condamnation de la France sur ce point³. Le système choisi semble, en effet, peu protecteur de la proportionnalité de la contrainte.

414. Une définition quantitative de l’étendue des mesures de contrainte semble, par conséquent, insuffisante à assurer à elle seule la proportionnalité des mesures de contrainte les plus graves. Aussi, peu à peu, le législateur français a-t-il eu recours de manière complémentaire au mécanisme des standards.

B- Le recours complémentaire aux standards

415. L’effectivité du respect de la liberté individuelle impose une appréciation casuistique de la proportionnalité des mesures de contrainte (1°). Le législateur a, ainsi, au fil des réformes introduit divers standards venant compléter la définition quantitative (2°).

1°/ Une appréciation nécessairement casuistique

416. L’appréciation casuistique de la proportionnalité des mesures de contrainte constitue une garantie de la liberté individuelle. L’utilisation des standards, en raison de leur souplesse, apparaît dès lors incontournable.

¹ Loi n°91-646 du 10 juillet 1990 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications

² CEDH 24 avril 1990, *Kruslin contre France et Huvig contre France*, Requêtes n° 11801/85 et 11105/84.

³ Voir notamment PELTIER (V.), *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999, p. 763.

417. Une garantie de la liberté individuelle. Monsieur Debbasch souligne, dans sa préface à la thèse de Monsieur Xavier Philippe, que « en choisissant comme sujet de sa thèse de doctorat le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises, Xavier Philippe savait qu'il s'attaquait à un principe fondamental, qui inspire non seulement l'action de l'administration mais aussi toute activité humaine. Chaque être humain avant d'agir calcule les avantages et les inconvénients de ses actes et il les confronte aux règles morales et juridiques auxquelles il adhère ou qui s'impose à lui »¹. En outre, « ce n'est pas là seulement une question d'efficacité : dans la mesure où l'administration dispose de pouvoirs qui lui permettent de porter atteinte aux droits et libertés, ces atteintes sont illégales dès lors qu'elles sont superflues ou excessives, eu égard à la finalité de l'action administrative »². Monsieur Philippe indique que « la définition générale de la proportionnalité s'établit donc autour de deux éléments : un élément fixe constitué par le rapport entre deux ou plusieurs paramètres ; un élément variable représenté par le degré du lien qui les unit »³. La proportionnalité suppose que la gravité de l'atteinte portée à la liberté individuelle par la mesure de contrainte utilisée soit en relation avec les circonstances⁴. Par définition, la proportionnalité d'une action doit être appréciée au regard des circonstances de la cause.

La Cour constitutionnelle allemande, la Bundesverfassungsgericht, considère d'ailleurs qu'« il s'agira en l'occurrence de déterminer qui, de la liberté restreinte ou de l'intérêt promu par cette restriction, pèse « le plus lourd ». Pareille pesée ne se résume pas à l'établissement d'une hiérarchie abstraite des valeurs - la Cour considérant, particulièrement en cas de conflits de valeurs constitutionnellement protégées, qu'aucun des intérêts en présence ne peut avoir de façon absolue la priorité sur l'autre - ; elle s'effectue au contraire au regard de l'ensemble des circonstances de la cause. C'est donc « en l'espèce », et non « en général » que sera identifiée la règle « qui a le plus de poids »⁵. La proportionnalité suppose non seulement un rapport entre les

¹ DEBBASCH (C.), préface à PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, Economica et PUAM, coll. Science et droit administratifs, 1990.

² BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline Le juge et le droit public*, Tome II, LGDJ, 1974, p. 297 à 306.

³ PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, Economica et PUAM, coll. Science et droit administratifs, 1990, p. 8.

⁴ GUIBAL (M.), « De la proportionnalité », *AJDA* 1978 p. 477 à 487. Au sujet de la proportionnalité et de la nécessité, cet auteur note que « on peut admettre aussi que ces deux notions, malgré leur complémentarité ou leur proximité, ne se situent pas sur le même plan. La nécessité concernerait le principe de l'action, la proportionnalité en concernerait les modalités ».

⁵ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, n°33 ; voir aussi MUZNY

intérêts en présence, mais aussi la prise en compte des circonstances de fait que seules les autorités titulaires de la contrainte connaissent parfaitement. Au regard de la protection de la liberté individuelle, ces autorités sont les mieux à même d’assurer la proportionnalité des mesures de contrainte. «Le délai abstrait [ou qualitatif] permet au juge de déterminer le temps concrètement nécessaire aux spécificités de chaque affaire, tandis que le délai concret [ou quantitatif] et, plus précisément, le délai légal est le résultat d’une évaluation abstraite du temps nécessaire »¹. Une définition *in abstracto* est, par nature, insuffisante à assurer l’effectivité de la liberté individuelle.

418. La souplesse des standards. Une appréciation casuistique de la proportionnalité de la contrainte suppose que le législateur laisse aux autorités titulaires du pouvoir de contrainte une marge d’appréciation permettant une telle adaptation au cas par cas. Le moyen traditionnel pour le législateur de parvenir à une telle souplesse est l’utilisation de standards. Un standard peut être défini comme une notion exprimant une norme tout en permettant une certaine adaptation aux faits. Il permet d’assurer une certaine souplesse d’appréciation. Le jugement de valeur qu’impliquent les standards est souvent critiqué en raison de la part de subjectivité qu’il comprend. Les standards «sont indispensables pour saisir «*in concreto*» la plasticité des comportements humains sous des normes adéquates »². Ils permettent des solutions multiples tout en imposant certaines limites aux autorités. Il s’agit à la fois d’une méthode d’adaptation du droit aux faits et d’un cadre limitant les pouvoirs des autorités.

419. Le législateur français, prenant sur ce point exemple sur les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l’homme, a, par conséquent, introduit des standards permettant l’adaptation des mesures de contrainte aux circonstances propres à chaque affaire.

(P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l’homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, 2 tomes, particulièrement n°194, 201 et 232.

¹ STAEGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, *op. cit.*, p.134.

² BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 4^e édition, 2003, n°277. Voir également sur la notion de standard RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement de l’idée de normalité)*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, notamment n°18, 24, 33 à 44, 51, 62 à 64, 76 et 77, 93 ; SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.A.), *Idéalité et réalité du droit les dimensions du raisonnement judiciaire*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1980, p. 128.

2° / Des standards divers

420. Les instances européennes et internes font traditionnellement appel aux notions de « raisonnable » et de « nécessité » entendue au sens large pour assurer la proportionnalité *in concreto* des mesures de contrainte.

421. Le raisonnable. La notion de « raisonnable » est un exemple traditionnel de standard¹. Elle peut être considérée comme l'une des manifestations de la proportionnalité, puisque le raisonnable peut être défini comme « une notion dynamique qui vise à déterminer le seuil de l'admissible »².

422. L'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que « Toute personne arrêtée ou détenue, dans des conditions prévues au §1 c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure ». Cet article comprend en réalité deux garanties, d'un côté l'intervention rapide de l'autorité judiciaire contrôlant les détentions et arrestations, et de l'autre le fait d'empêcher que les personnes détenues ne restent trop longtemps privées de leur liberté avant tout jugement³. C'est cette dernière qui intéresse cette étude. Il apparaît clairement à la lecture des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme que si ses rédacteurs ont, en 1950, opté pour la notion de « délai raisonnable » notamment dans l'article 5§3, c'est parce qu'ils n'ont pu que constater l'absence de consensus entre les Etats s'agissant de la durée de la détention provisoire⁴. Le Conseil de l'Europe n'est qu'une organisation de coopération politique interétatique. Les

¹ Voir notamment PERELMAN (C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, volume XXIX, 1984.

² PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, *op. cit.*, p. 19 à 23 et p. 255 à 258 ; MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, n°251 à 260. Il faut d'ailleurs noter qu'en *Common law* la notion de « *reasonableness* » suppose que les juges recherchent la « proportionnalité des moyens aux buts poursuivis ». Voir sur ce point TIXIER (G.), « La règle de « *reasonableness* » dans la jurisprudence anglo-américaine », *RDP* 1956 p. 276 à 298.

³ PICARD (M.) et TITIUN (P.), « Article 5§3 », *in* sous la direction de PETTITI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 211 à 227 ; *L'article 5 de la CESDH Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Dossiers sur les droits de l'homme n°12 (révisé)*, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, p. 77.

⁴ CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international*, Bruylant, 1997, en particulier n°126 à 153, n°271 à 294, n°318 à 322 ; DELMAS-MARTY (M.), « Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels) », *in* sous la direction de TAVERNIER (P.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959 – 1994)*, *Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et d'études sur les droits de l'homme et de le droit humanitaire, Faculté de Droit de Rouen, les 11 et 12 mai 1995*, Bruylant, 1996, p. 81 à 92. Voir également sur le recours à la notion de raisonnable en cas d'incapacité du législateur à tout prévoir, PERELMAN(C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit Au-delà du positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 134.

Etats, bien que soumis aux principes posés par la Convention, demeurent souverains. De plus, en matière pénale, les Etats sont fermement attachés à leur souveraineté comme le démontre la réticence des Etats membres de l’Union Européenne à harmoniser leurs législations pénales. En adoptant une solution souple, les rédacteurs de la Convention européenne ont ainsi laissé aux Etats le soin de déterminer les moyens permettant d’assurer le respect de ce principe. La notion de délai raisonnable comporte une souplesse permettant d’intégrer dans la règle ainsi énoncée toutes les situations, contrairement à une définition rigide comme celle résultant de la détermination de durées précises¹. D’ailleurs, la Cour européenne des droits de l’homme reconnaît de manière constante qu’il est parfaitement impossible de traduire la notion de délai raisonnable en un nombre de jours, semaines, mois ou années ou en durées variant suivant la gravité de l’infraction. La Cour refuse, par conséquent, d’imposer tout plafond prédéterminé à la détention provisoire au regard des différentes pratiques des Etats. Selon elle, cela « pourrait aboutir à l’acceptation de pratiques contestables mais suffisamment générales, tandis que selon la jurisprudence de la Cour il faut tenir compte des circonstances de chaque espèce »².

Dans le cadre de l’article 5§3 de la Convention, en imposant aux Etats que les privations de liberté aient un « délai raisonnable », les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l’homme leur ont laissé le soin de déterminer les solutions permettant le respect de ce délai, soit en fixant des durées précises adaptées aux règles procédurales, à la criminologie ou aux problèmes de Société de l’Etat³, soit en ayant eux-mêmes recours à des définitions qualitatives de cette durée. La « Convention n’impose aucunement l’unification absolue », les Etats demeurant libres de choisir les mesures qui leurs paraissent appropriées pour s’acquitter de leurs obligations⁴. Les Etats ont, par conséquent, une compétence discrétionnaire pour définir ce qui constitue un délai raisonnable en matière de privation de liberté dès lors que le système qu’ils choisissent permet d’assurer, dans chaque cas d’espèce, la proportionnalité de ces mesures.

423. S’inspirant de la réflexion des auteurs de la Convention et constatant l’allongement de la durée de la détention provisoire malgré la multiplication des délais-butoirs, la loi du 30 décembre 1996⁵ a introduit un article 144-1 dans le Code de procédure pénale prévoyant que la détention

¹ COHEN-JONATHAN (G.), « Conclusions générales », in sous la direction de TAVERNIER (P.), *Quelle Europe pour les droits de l’homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une « union plus étroite »*, op. cit., p. 476 à 509.

² CEDH 26 octobre 1988, Martins Moreira contre Portugal, Requête n°11371/85 au sujet du délai raisonnable de l’article 6§1.

³ PETTITI (L.E.), « L’évolution de la jurisprudence européenne en matière pénale », *Rev. Pénit.* 1993 p. 119 à 138

⁴ COHEN-JONATHAN (J.), « Conclusions générales », in sous la direction de TAVERNIER (P.), *Quelle Europe pour les droits de l’homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une « union plus étroite »*, op. cit., p. 476 à 509.

⁵ Préc..

provisoire ne peut excéder une « durée raisonnable ». Ledit article 144-1 alinéa 2 dispose que « le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies ». Il appartient donc au juge d'apprécier si la détention provisoire respecte une durée raisonnable. Si tel n'est pas le cas, il doit ordonner d'office la libération du mis en examen. De plus, en vertu de l'article 147 du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut requérir la mise en liberté du mis en examen à tout moment. Il est donc possible de penser qu'il peut demander cette mise en liberté lorsqu'il estime que la détention provisoire n'est plus proportionnée. Si le juge des libertés et de la détention a le pouvoir d'ordonner la mise en liberté de la personne dès lors qu'il estime que la durée de cette mesure est excessive, il ne peut en revanche fixer par avance la durée de la détention provisoire et déterminer au moment de la prise de décision une durée de détention inférieure à celle fixée par le législateur¹. L'appréciation de la proportionnalité de la durée de la détention provisoire doit, dès lors, être effectuée tout au long de l'exécution de la mesure afin d'assurer la meilleure adaptation possible aux circonstances de l'affaire.

Par le recours à la notion de « durée raisonnable » de la détention provisoire, le gouvernement français a indiqué qu'il souhaitait mettre le droit français en conformité avec la Convention et la jurisprudence européenne². Il s'agit, ainsi, d'une reconnaissance implicite de l'échec de la solution traditionnelle consistant à fixer par avance la durée de la détention provisoire. Le législateur a opté pour cette nouvelle définition afin de mieux assurer le respect de la proportionnalité de la détention provisoire, et ainsi de la liberté individuelle, par un cumul des définitions quantitative et qualitative de sa durée. Le droit français est depuis caractérisé par une durée de la détention provisoire enserrée dans des limites précises fixées par le législateur au sein desquelles elle peut varier au regard des spécificités de chaque situation. Peut-être est-ce, d'ailleurs, pour cela que le législateur français a utilisé la notion de « durée » raisonnable et non de « délai » raisonnable. En effet, la notion de « durée » peut être définie comme un laps de temps s'écoulant entre deux limites alors que le « délai » est simplement un laps de temps pendant lequel ou à l'expiration duquel il faut faire quelque chose³. La notion de durée raisonnable de la détention provisoire

¹ Crim. 3 avril 2002, *Bull.* n°73, RSC 2002 p. 841 Chr. COMMARET (D.N.) ; Crim. 21 novembre 2006, *AJ pén.* 2007 p. 138 obs. SAAS (C.).

² Projet de loi n° 330 relatif à la détention provisoire, Sénat, 24 avril 1996, exposé des motifs.

³ Pour une distinction des notions de « délai » et de « durée » voir SERRATRICE-COUTTENIER (B.), « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », RSC 1998 p. 465 à 478 ; BOULOC (B.), « La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ? », RSC 2001 p. 55 à 64.

désigne la période pendant laquelle il convient de procéder aux investigations que permet cette mesure sans que l’atteinte portée à la liberté individuelle ne soit excessive. En revanche, la notion de délai raisonnable suppose que la personne soit présentée devant un juge à l’issue d’un certain laps de temps qui ne soit pas considéré, là encore, comme étant excessif. Alors que la notion de « durée raisonnable » rappelle le système des délais-butoirs de la détention provisoire, celle de « délai raisonnable » rappelle quant à elle le système des tranches¹. Cependant, lors des travaux préparatoires cette question ne semble pas avoir été soulevée, le gouvernement ayant même utilisé indifféremment l’une et l’autre de ces notions dans son projet². Par l’utilisation de la notion de durée raisonnable, le législateur français a ainsi donné aux autorités compétence pour individualiser la durée de la détention provisoire afin d’en assurer la proportionnalité.

424. Il convient de souligner que la détention provisoire est, à ce jour, la seule mesure de contrainte dont la proportionnalité est définie légalement par le recours à la notion de « raisonnable ». Pour autant, la notion de raisonnable n’est pas le seul standard pouvant être considéré comme une manifestation de la proportionnalité.

425. La nécessité au sens large. Même si le texte de la Convention n’utilise pas le terme « proportionnel » ou « raisonnable », la Cour européenne des droits de l’homme estime que la proportionnalité des mesures de contrainte est un corollaire de la notion de « nécessaire dans une Société démocratique ». En effet, selon la Cour, cette expression suppose un « besoin social impérieux et notamment proportionné au but légitime poursuivi »³. Le contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme porte tant sur la loi que sur la décision d’application. La notion de nécessité dans une Société démocratique comprend ainsi le principe de la proportionnalité *in concreto* des mesures de contrainte.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l’article 9 de la Déclaration des droits de l’homme rappelle que « tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Là encore la notion de nécessaire ne doit pas être entendue au sens strict.

¹ Cf. supra n°210.

² Projet de loi n°330 relatif à la détention provisoire, Sénat, 24 avril 1996.

³ CEDH 16 décembre 1997, Camenzind contre Suisse, Requête n°21353/93, §41 à 47.

426. Aujourd'hui, l'idée de durée qualitative d'une mesure de contrainte se retrouve à l'article 60 du Code des Douanes qui autorise la rétention douanière le temps strictement nécessaire aux visites et établissement des procès-verbaux. De même, la loi du 15 novembre 2001¹, qui a autorisé un contrôle d'identité requis associé à une fouille des véhicules, impose que l'immobilisation de ces derniers soit limitée au « temps strictement nécessaire » au déroulement de la fouille.

427. Selon Monsieur Buisson, en limitant la fouille des véhicules au temps strictement nécessaire au déroulement de l'opération, le législateur a eu pour volonté de montrer « qu'il ne s'agit que d'une restriction de liberté »². Il est vrai que les fouilles de véhicules ou les visites par l'administration des douanes peuvent être considérées comme de simples restrictions de liberté. Cependant, le législateur a également utilisé cette notion de « temps strictement nécessaire » en matière de vérification d'identité. Ces dernières peuvent être assimilées à une véritable privation de liberté. En effet, le législateur a indiqué à l'article 78-3 du Code de procédure pénale que les personnes faisant l'objet d'une vérification d'identité ne peuvent être retenues « que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité. La rétention ne peut excéder quatre heures à compter du contrôle ». L'expression « temps strictement nécessaire » n'est ainsi pas tant un critère de détermination de la nature privative ou restrictive de la mesure mais bien la manifestation de la volonté d'assurer au mieux la proportionnalité de la mesure.

Il est en fait possible de se demander si la distinction entre privation et restriction de liberté serait non pas le critère de choix entre définition qualitative et définition quantitative de l'étendue d'une mesure de contrainte, mais plutôt celui du cumul entre durée fixe et durée qualitative. Le législateur opterait pour l'une ou l'autre de ces définitions pour les simples restrictions et choisirait le cumul en cas de privation de liberté.

428. Parallèlement, le droit interne a déterminé les critères d'appréciation de la proportionnalité *in concreto*.

§2- Les critères d'appréciation de la proportionnalité

¹ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

² BUISSON (J.), « Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises », *Procédures* 2002 Chr. n°3.

429. Peu à peu, s’est construite une méthode permettant de guider les autorités titulaires de la contrainte lorsqu’elles doivent mettre en œuvre la définition qualitative de l’étendue des mesures de contrainte. Cette méthode a pour but d’assurer la proportionnalité de ces mesures. Elle fait appel à des critères d’origine variée (A), mais encore aujourd’hui considérés comme insuffisants (B).

A- Des critères d’origine variée

430. La jurisprudence française a progressivement complété (2°) les critères déterminés par le législateur (1°).

1°/ Des critères d’origine législative

431. Le législateur interne considère que la proportionnalité *in concreto* de la contrainte suppose une appréciation au regard tant de la gravité des faits que de la complexité des investigations.

432. La gravité des faits. Ce critère de la proportionnalité *in concreto* se généralise au fil des réformes. Ainsi, lorsqu’en 1996, le législateur français¹ a introduit l’obligation pour le juge d’instruction de s’assurer à tout moment, éventuellement d’office, que la détention provisoire n’a pas une durée excessive, il a précisé les critères qui doivent être pris en considération, limitant d’autant ce pouvoir d’appréciation². Selon l’article 144-1 du Code de procédure pénale, la détention provisoire doit avoir une durée raisonnable « au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité ». Depuis la loi du 15 juin 2000³, l’article préliminaire du Code de procédure pénale

¹ Loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

² MARON (A.), « La détention nouvelle est arrivée (2^e partie) », *Dr. Pén.* 1998 Chr. n°1.

³ Préc..

pose la règle générale d'une appréciation de la proportionnalité des mesures de contrainte au regard de la gravité des faits.

De plus, la gravité des faits permet, parfois, de justifier la prolongation des mesures de contrainte dont la mise en œuvre initiale était fondée sur des motifs ayant perdu de leur pertinence par le simple écoulement du temps. Ainsi, selon la loi du 15 juin 2000¹, la prolongation de la détention provisoire ne pouvait être fondée sur le trouble à l'ordre public que pour les infractions punies d'une peine égale ou supérieure à dix ans d'emprisonnement. Seule la gravité des faits permettait à ce motif de garder de sa pertinence. La gravité des faits prenait alors, en quelque sorte, le relais de la seule nécessité de la mesure pour justifier la prolongation de celle-ci. La loi du 9 septembre 2002² a supprimé cette condition de gravité des faits³. Désormais, celle-ci ne peut permettre seule la poursuite de la contrainte à l'issue d'un certain délai.

La gravité des faits apparaît dès lors comme le critère minimal de la proportionnalité *in concreto* de l'ensemble des mesures de contrainte.

433. La complexité des investigations. La complexité des investigations vient, parfois, compléter la gravité des faits pour justifier une prolongation de la contrainte. Il faut noter, toutefois, que ce critère n'est utilisé par le législateur qu'en matière de détention provisoire. Cela semble ainsi confirmer que la complexité des investigations ne peut justifier qu'une mesure de contrainte se prolongeant dans le temps. La gravité des faits, critère minimal d'appréciation de la proportionnalité, perd de son efficacité par l'effet de l'écoulement du temps.

Ainsi, que ce soit en matière correctionnelle ou criminelle, la Chambre de l'instruction peut prolonger les durées maximales de la détention provisoire prévues par le législateur de quatre

¹ *Ibid.*

² Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 portant loi d'orientation et de programmation de la justice

³ Le rapport de la Commission parlementaire désignée à la suite de l'affaire dite d'Outreau proposait la suppression pure et simple du motif tiré du trouble à l'ordre public. Voir VALLINI (A.) et HOUILLON (P.), *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, Documents d'information de l'Assemblée Nationale n°3125, Juin 2006. Cependant, le projet de loi présenté le 24 octobre 2006 par le ministre de la Justice maintenait ce motif mais en limiter la portée puisqu'il ne pourrait être utilisé pour prolonger une détention provisoire qu'en matière criminelle. Voir *Projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*, n°3393, déposé à l'Assemblée Nationale le 24 octobre 2006. Au cours des travaux parlementaires, plusieurs des magistrats entendus par le rapporteur de la Commission des lois du Sénat ayant « indiqué que le critère du trouble à l'ordre public n'apparaissait pas indispensable et qu'un placement en détention provisoire, s'il se révélait nécessaire, pourrait toujours être justifié par les autres dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale », cette commission a proposé un amendement tendant à supprimer la possibilité de fonder le placement en détention provisoire sur le trouble à l'ordre public en matière correctionnelle. Voir Rapport n°177 déposé le 24 janvier 2007 par ZOCCHETTO (F.). C'est la formule qui a finalement été retenue par la loi du 5 mars 2007. Voir Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JORF* n°55 du 6 mars 2007 p. 4206.

mois lorsque les « investigations du juge d’instruction doivent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d’une particulière gravité » en vertu des articles 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale. De même, depuis la loi du 30 décembre 1996¹, en vertu de l’article 145-3 du Code de procédure pénale, « lorsque la durée de la détention provisoire excède un an en matière criminelle, ou huit mois en matière délictuelle, les décisions ordonnant prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent aussi comporter les indications particulières qui justifient en l’espèce la poursuite de l’information et le délai prévisible d’achèvement de la procédure ». L’alinéa 2 de cet article vient, cependant, préciser qu’« il n’est toutefois pas nécessaire que l’ordonnance de prolongation indique la nature des investigations auxquelles le juge d’instruction a l’intention de procéder lorsque cette indication risque d’entraver l’accomplissement de ces investigations ». Cela revient pour l’autorité compétente à expliquer en quoi la durée de la détention provisoire est proportionnée à la durée de la procédure. Seules les nécessités de l’instruction, les difficultés de la recherche de la vérité, peuvent permettre de justifier la prolongation de la détention provisoire à l’issue d’un certain délai.

434. Plusieurs auteurs ont critiqué cette disposition en se demandant ce « que peuvent prédire les juges d’instruction face à des mis en examen ou parties civiles qui multiplient les demandes d’actes au moment où l’on peut raisonnablement croire l’instruction achevée » et ce « que peuvent faire les mêmes juges devant ces deux freins endémiques à la célérité que sont l’exécution des expertises et des commissions rogatoires, surtout internationales »². Il est possible, cependant, de considérer que ces dispositions soulignent seulement qu’à l’issue d’un certain délai les motifs ayant permis le placement en détention provisoire ne sont plus suffisants. La Cour de cassation le rappelle régulièrement aux chambres de l’instruction³. Elle se montre assez « pointilleuse » quant au respect des règles de la « surmotivation » de la détention provisoire issues de l’article 145-3 du Code de procédure pénale. Ainsi, est cassée toute décision qui n’indique pas, d’une part, ce qui justifie la poursuite de l’information et, d’autre part, le délai prévisible d’achèvement de la procédure⁴. Les juges ne peuvent se borner à énoncer que des investigations sont en cours⁵. En revanche, est justifiée la décision qui énonce que « des investigations sont toujours en cours pour

¹ Préc..

² Note PRADEL (J.) sous Crim. 6 août 1997, *D.* 1998 SC p. 172.

³ Voir notamment Crim. 9 octobre 2001, *Dr. Pén.* 2002 Chr. n°9 MARSAT (C.).

⁴ Voir notamment Crim. 19 août 1997, *Bull.* n°284, Crim. 6 août 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°163 note MARON (A.).

⁵ Crim. 28 octobre 1997, *Gaz. Pal.* 1998 1^{er} sem. Chr. de droit criminel p. 27 ; Crim. 10 mai 2001, *Dr. Pén.* 2002 Chr. n°18 MARSAT (C.) ; Crim. 9 octobre 2001, *Dr. Pén.* 2002 Chr. n°9 MARSAT (C.).

mettre en évidence le rôle respectif des mis en cause dans l'organisation de l'assassinat et l'association de malfaiteurs, plusieurs mois étant encore nécessaires »¹, sans même que les juges aient à justifier le fait que d'une ordonnance à une autre le délai d'achèvement de la procédure ait été allongé². Cette dernière motivation paraît toutefois bien succincte. La Cour de cassation semble, ainsi, une nouvelle fois se contenter d'un contrôle purement formel.

435. L'avant-projet de Code de procédure pénale de mars 2010 propose d'indiquer dès le premier article du chapitre relatif à sa durée que « la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la partie pénale et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité ». Si cette formulation était adoptée, il semble que la complexité des investigations ne serait plus un critère simplement subsidiaire, mais bien un critère se cumulant avec celui de la gravité des faits quelle que soit la durée antérieure de la détention provisoire. Le législateur adopterait alors une méthode d'appréciation de la proportionnalité de la détention provisoire beaucoup plus stricte.

436. Une pleine effectivité du respect de la liberté individuelle tendrait à une extension de cette méthode à l'ensemble des mesures de contrainte. Une modification de l'article préliminaire du Code de procédure pénale précisant que les mesures de contrainte doivent être proportionnées « à la gravité des faits et à la complexité des investigations » serait souhaitable.

2°/ Des critères complémentaires d'origine jurisprudentielle

437. La durée des investigations. La Cour de cassation semble s'attacher à la durée des investigations réalisées pendant la mesure de contrainte afin de déterminer si la durée de cette mesure est ou non proportionnée. Ainsi, elle a estimé dans un arrêt du 15 juin 1987 qu'avait donné une base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour annuler le procès-verbal d'interpellation d'un voyageur et la procédure subséquente, avait relevé qu'à l'issue des opérations de visite qui n'avaient fait apparaître l'existence d'aucune infraction flagrante justifiant son interpellation, ce dernier avait été retenu pendant plus de quinze heures dans l'attente de l'arrivée d'un bagage supposé contenir des produits prohibés, alors que la faculté que les agents des

¹ Crim.30 septembre 1997, *Dr. Pén.* 1998 Comm. n°59 note MARON (A.) ; Crim. 22 février 2011, pourvoi n°10-88.186.

² Crim. 3 juin 2003, *Dr. Pén.* 2003 Chr. n°26 MARON (A.).

douanes tiennent de l’article 60 du Code des douanes de maintenir une personne à leur disposition ne saurait régulièrement s’exercer que le temps strictement nécessaire à l’établissement du procès-verbal relatant les opérations de visite accomplies¹. A l’inverse, la même Cour a considéré que donne une base légale à sa décision la chambre d’accusation qui, pour refuser d’annuler le procès-verbal d’interpellation du capitaine d’un navire, relève que l’intéressé et son équipage ont été maintenus une vingtaine d’heures à la disposition des agents des douanes, le temps de procéder sans discontinuer à la visite du navire².

438. Le comportement des individus. La jurisprudence considère en outre que la complexité de la procédure doit être prise en compte pour apprécier la proportionnalité d’une mesure de contrainte. Cependant, cette complexité ne doit pas être le résultat du comportement de la personne soumise à la mesure de contrainte. Ainsi, la jurisprudence française a estimé que lorsqu’une personne interjette appel à plusieurs reprises de la même décision, en l’occurrence une ordonnance de refus de plusieurs demandes de mise en liberté, sans attendre que les juges aient statué sur le premier appel, seul le premier de ces recours est recevable, les juges n’ayant pas alors à statuer sur les autres recours³. La Cour de cassation s’assure ainsi que le comportement de la personne contrainte ne vient pas renforcer la complexité de l’affaire en refusant les recours dilatoires.

439. En revanche, pendant longtemps, la jurisprudence de la Cour de cassation ne faisait pas référence au comportement des autorités chargées de l’affaire. Cela révélait une certaine réticence à apprécier cette conduite. Il est possible de penser que la Cour de cassation souhaitait ainsi éviter de se comporter comme une sorte de chambre disciplinaire. Certaines Cours d’appel n’hésitaient pourtant pas à décider de la mise en liberté d’une personne placée en détention provisoire dans le cas où « l’affaire n’a[avait] pas reçu de fixation au rôle de la Cour d’assises et [à] assortir sa mise en liberté d’une mesure de contrôle judiciaire dès lors qu’elle [était] détenue depuis cinq ans et qu’elle n’[avait] pas été entendue par le magistrat instructeur depuis près de quatre ans. Le maintien en détention de l’intéressé risqu[ait] en effet d’excéder le délai raisonnable prévu par l’article 5§3 de la Convention européenne des droits de l’homme »⁴.

¹ Crim. 15 juin 1987, *Bull.* n°249.

² Crim. 13 juin 1996, *Bull.* n°416.

³ Crim. 3 novembre 1994, *Bull.* n°348, *Dr. Pén.* 1995 Chr. n°51 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.).

⁴ Aix-en-Provence 11 mars 1999, *JurisData* n°1999-040778.

Dans un arrêt du 2 septembre 2009, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence sur ce point. Elle était saisie d'un pourvoi relatif à la prolongation exceptionnelle d'une détention provisoire en application de l'article 181 alinéa 9 du Code de procédure pénale¹. En l'espèce, la chambre de l'instruction avait motivé sa décision de prolongation par le fait « qu'il résultait de la requête du procureur général que l'encombrement du rôle de la Cour d'assises spécialement composée n'avait pas permis de faire comparaître l'accusé dans le délai d'un an, même prolongé exceptionnellement une première fois, [et que] cette dernière juridiction étant seule compétente pour le jugement de crimes terroristes commis sur l'ensemble du territoire français, sa charge de travail [avait] pour conséquence l'utilisation, dans certaines affaires, du délai maximal de détention institué par le Code de procédure pénale ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation casse cette décision au motif qu'en « se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction, qui ne pouvait justifier la mesure de prolongation de la détention à titre exceptionnel par les difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction appelée à statuer au fond, et qui n'a pas recherché si les autorités compétentes avaient apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure, a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés », en l'occurrence l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour la première fois, la Cour de cassation fait expressément référence à la diligence des autorités chargées de l'affaire². Cette décision est remarquable par l'application stricte qu'elle fait de la motivation de la jurisprudence européenne. Toutefois, il est possible de se demander si la Cour de cassation va désormais prendre ce critère systématiquement en compte ou si elle n'y aura recours que pour l'appréciation de la durée de la détention provisoire après clôture de l'instruction.

440. Bien que la jurisprudence ait complété les critères d'appréciation de l'étendue des mesures de contrainte afin d'en garantir la proportionnalité, ces critères restent insatisfaisants.

¹ Selon cet article, en ses alinéas 8 et 9, « l'accusé détenu en raison des faits pour lesquels il est renvoyé devant la cour d'assises est immédiatement remis en liberté s'il n'a pas comparu devant celle-ci à l'expiration d'un délai d'un an à compter soit de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive s'il était alors détenu, soit de la date à laquelle il a été ultérieurement placé en détention provisoire. Toutefois, si l'audience sur le fond ne peut débiter avant l'expiration de ce délai, la chambre de l'instruction peut, à titre exceptionnel, par une décision rendue conformément à l'article 144 et mentionnant les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire, ordonner la prolongation de la détention provisoire pour une nouvelle durée de six mois. La comparution de l'accusé est de droit si lui-même ou son avocat en font la demande. Cette prolongation peut être renouvelée une fois dans les mêmes formes. Si l'accusé n'a pas comparu devant la cour d'assises à l'issue de cette nouvelle prolongation, il est immédiatement remis en liberté ».

² Crim. 2 septembre 2009, *AJ pén.* 2009 p. 501 obs. LASSERRE CAPDEVILLE (J.) ; *Dr. Pén.* 2009 Comm. n°145 note MARON (A.) et HAAS (M.). Dans le même sens Crim. 12 novembre 2009, *Procédures* 2010 Comm. n°87 obs. BUISSON (J.).

B- Des critères insatisfaisants

441. Les critères ainsi définis demeurent insatisfaisants dans la mesure où leur liste reste incomplète par rapport aux critères établis par la Cour européenne des droits de l’homme (1°). En outre, ils comportent une part regrettable de subjectivité (2°).

1°/ Une liste incomplète

442. La méthode progressivement mise en place afin d’appliquer la définition qualitative de la proportionnalité des mesures de contrainte en droit interne s’inspire de la méthode européenne. Toutefois, elle n’en est qu’un « écho » déformé et non la simple retranscription.

443. La méthode européenne d’appréciation du raisonnable. Les rédacteurs de la Convention n’ont donné aucun indice permettant de définir ce qu’est un délai raisonnable au sens de l’article 5§3. Ce silence s’explique par la volonté de ne pas lier les Etats par des dispositions trop rigides. Toutefois, cela a eu pour conséquence d’obliger les institutions du Conseil de l’Europe à déterminer elles-mêmes les critères permettant d’apprécier le caractère raisonnable de la durée des privations de liberté, en particulier de la détention provisoire.

Dès la fin des années cinquante, la Commission a précisé que le délai raisonnable de l’article 5§3 devait être apprécié par référence à l’imputation de la durée de cette mesure sur la durée de la peine, les initiatives procédurales de l’inculpé et la complexité de l’affaire. Cette méthode était jugée trop sévère. Aussi, en 1966, la Commission a-t-elle proposé la méthode dite des sept critères. Celle-ci prend en compte la durée de la détention envisagée *in abstracto*, la durée relative de la détention c’est-à-dire au regard de la nature de l’infraction, de la gravité de la peine et l’imputation de la détention provisoire sur la peine, les effets de la détention sur le détenu, la conduite de cette personne, les difficultés de l’instruction de l’affaire, la façon dont l’instruction a été conduite et le comportement des instances judiciaires.

Cette méthode, jugée trop subjective, a été, seulement en partie, adoptée par la Cour européenne des droits de l’homme lors de l’affaire Neumeister¹. Depuis cet arrêt, la Cour européenne des

¹ CEDH 27 juin 1968, Neumeister contre Autriche, Requête n° 1936/63.

droits de l'homme procède, pour s'assurer que la mesure considérée n'a pas excédé les « limites raisonnables, c'est-à-dire celles du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente »¹, en deux étapes². La première, systématique, est relative à l'appréciation de la motivation interne. La seconde, seulement facultative puisqu'elle dépend de la réponse donnée à la première étape, est relative à la conduite de la procédure.

Lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'article 5§3, la Cour européenne des droits de l'homme commence dans tous les cas par apprécier la motivation des décisions internes. En effet, conformément au principe de subsidiarité qui régit sa compétence, elle estime qu'il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans un cas donné, la durée de la privation de liberté ne dépasse pas la limite du raisonnable. A cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de l'affaire de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et d'en rendre compte dans leurs décisions³. La Cour européenne des droits de l'homme va, par conséquent, procéder à une étude minutieuse des décisions nationales. Cette motivation doit, tout d'abord, être régulière c'est-à-dire conforme à l'article 5§1 de la Convention européenne. Selon la Cour, il existe une perte d'efficacité des motifs invoqués au fil du temps⁴. Il semble que certains motifs perdent leur caractère suffisant plus rapidement que d'autres. Il est, dès lors, possible de classer les motifs par ordre croissant d'efficacité dans le temps. Ce classement débute par l'existence de soupçons qui peut, selon la Cour, justifier un placement en détention mais non la

¹ CEDH 27 juin 1968, Wemhoff contre Allemagne, Requête n° 2122/64, §5.

² Sur l'ensemble de la question de la méthode d'appréciation de la proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme voir notamment CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international Discours juridique, raisons et contradictions*, op. cit., n°335 à 373 et n°492 à 500 ; *L'article 5 de la CESDH Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Dossiers sur les droits de l'homme n°12 (révisé)*, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, p. 82 à 88 ; ETRILLARD (C.), *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004, n°302 à 306.

³ Voir notamment CEDH 9 novembre 1999, Debboub contre France, Requête n° 37786/97, §39, *Procédures* 2000 Comm. n°21 note BUISSON (J.) ; CEDH 26 juin 1991, Letellier contre France, Requête n° 12369/86, *RSC* 1991 p. 805 Chr. PETTTTI (L.E.), *Dr. Pén.* 2001 Comm. n°274 note MARON (A.) ; CEDH 27 novembre 1991, Kemmache contre France, Requêtes n° 12325/86 et 14992/89, *D.* 1992 SC p. 328 note PRADEL (J.).

⁴ Voir notamment CEDH 9 novembre 1999, Debboub contre France, Requête n° 37786/97, §39, *Procédures* 2000 Comm. n°21 note BUISSON (J.) ; CEDH 27 juin 1968, Neumeister contre Autriche, Requête n° 1936/63 ; CEDH 16 juillet 1971, Ringeisen contre Autriche, Requête n° 2614/65, *RGDIP* 1972 p. 111 Chr. VALLEE (C.). Plus récemment, dans l'affaire Bernard contre France, la Cour européenne s'est attachée à vérifier la pertinence et la suffisance des différents motifs invoqués par les nombreuses décisions relatives à la détention provisoire du requérant, les différentes juridictions nationales saisies ayant invoqué l'ensemble des motifs de la détention provisoire visés par l'article 144 du Code de procédure pénale. La Cour remarque tout d'abord que certains de ces motifs sont apparus de manière fluctuante selon les décisions, les juridictions nationales ayant invoqué certains de ces motifs, pour les abandonner puis y revenir dans des décisions postérieures, ce dont la Cour « s'explique mal ». En effet, si un motif a perdu de sa pertinence à un moment donné, comment peut-il la retrouver quelques temps plus tard pour justifier la prolongation de la même mesure de contrainte ? De plus, selon la Cour, le plus souvent dans cette affaire les juridictions nationales n'ont pas expliqué en quoi, au regard des circonstances de la cause, ces motifs pouvaient être retenus. CEDH 26 septembre 2006, Gérard Bernard contre France, Requête n° 27678/02.

prolongation de cette mesure, puis viennent le trouble à l’ordre public, le renouvellement de l’infraction, le risque de pression sur les témoins et, enfin, le risque de fuite¹.

Ce n’est que lorsque la Cour estime que « certains de ces motifs étaient à la fois pertinents et suffisants, mais qu’ils ont perdu une grande partie de ces caractères au fil du temps (sans toutefois en perdre la totalité), [qu’il] échet d’examiner la conduite de la procédure »² par les autorités nationales au regard de divers critères également utilisés pour l’appréciation du délai raisonnable de l’article 6§1. Les motifs de la détention provisoire permettent d’en justifier la durée même s’ils ont perdu de leur pertinence, dès lors qu’ils sont renforcés par le critère de la conduite de la procédure. Si elle procède à cette seconde étape de l’analyse, la Cour va, tout d’abord, apprécier la durée de la détention provisoire au regard de la complexité de l’affaire. Plus celle-ci est grande plus une détention provisoire longue sera considérée comme proportionnée. Pour caractériser cette complexité, la Cour va prendre en considération, par exemple, le nombre des coaccusés³, la difficulté de l’instruction liée à l’existence de plusieurs procédures qu’il a fallu regrouper, les changements successifs de juges⁴, l’attente du retour de coaccusés jugés dans un autre pays⁵, ou l’exécution de commissions rogatoires internationales⁶. Très souvent, cette complexité de l’affaire est nuancée par le comportement du requérant⁷, même si certaines réserves peuvent être formulées à l’encontre de ce critère⁸. La Cour va également s’attacher à la diligence dont ont fait preuve les autorités nationales dans l’affaire⁹. Les autorités nationales ne peuvent ainsi invoquer

¹ CEDH 26 septembre 2006, Gérard Bernard contre France, Requête n° 27678/02.

² CEDH 27 août 1992, Tomasi contre France, Requête n° 12850/87, RSC 1993 p. 142 Chr. PETTTTI (L.E.), D. 1993 SC p. 383 note RENUCCI (J.F.) ; CEDH 9 novembre 1999, Debboub contre France, Requête n° 37786/97, §45. Ceci explique pourquoi dans l’affaire Bernard, le Gouvernement français s’était attaché, après avoir indiqué en quoi, selon lui, la motivation du maintien en détention provisoire pendant trois ans s’avérait pertinente et suffisante, à expliquer que pour lui « toute diligence a[vait] été apportée à la conduite de l’instruction [...] compte tenu de la réelle complexité et de la particularité de l’affaire », en l’occurrence un vol d’explosifs en Bretagne ayant servi à l’ETA et à l’Armée Révolutionnaire Bretonne. Cependant, en l’espèce, la Cour EDH, estimant que la motivation n’était justement pas pertinente et suffisante tout au long du maintien en détention provisoire, ne va pas apprécier la conduite de la procédure, cette phase n’étant que facultative. CEDH 26 septembre 2006, Gérard Bernard contre France, Requête n° 27678/02.

³ CEDH 9 novembre 1999, Debboub contre France, Requête n°37786/97, §46. Voir également CEDH 24 août 1998, Contrada contre Italie, Requête n°27143/95, RSC 1999 p. 390 Chr. KOERING-JOULIN (R.).

⁴ CEDH 17 mars 1997, Muller contre France, Requête n°21802/93, RSC 1997 p. 685 Chr. PETTTTI (L.E.), RSC 1998 p. 165 Chr. PETTTTI (L.E.).

⁵ CEDH 27 novembre 1991, Kemmache contre France, Requêtes n°12325/86 et 14992/89, RSC 1992 p. 143 Chr. PETTTTI (L.E.).

⁶ CEDH 28 mars 1990, B. contre Autriche, Requête n°11968/86.

⁷ CEDH 17 mars 1997, Muller contre France, Requête n°21802/93, RSC 1997 p. 685 Chr. PETTTTI (L.E.), RSC 1998 p. 165 Chr. PETTTTI (L.E.) ; CEDH 23 septembre 1998, I.A. contre France, Requête n°28213/95, RSC 1999 p. 390 Chr. KOERING-JOULIN (R.), JDI 1999 p. 261 note TAVERNIER (P.) ; CEDH 12 décembre 1991, Toth contre Autriche, Requête n°11894/85.

⁸ L’article 5 de la CESDH Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, *op. cit.*, p. 88.

⁹ CEDH 9 novembre 1999, Debboub contre France, Requête n°37786/97, §46 ; CEDH 12 décembre 1991, Toth contre Autriche, Requête n°11894/85 ; CEDH 17 mars 1997, Muller contre France, Requête n°21802/93, RSC 1997

l'encombrement des tribunaux nationaux pour expliquer la lenteur dont elles ont fait preuve. En effet, la Cour estime que la Convention oblige les Etats contractants à organiser leur système juridique de telle sorte que leurs juridictions puissent satisfaire chacune de ses exigences. Seul un engorgement imprévisible et passager est admissible si des mesures palliatives adéquates sont immédiatement mises en œuvre¹. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme prend également en compte la gravité des faits. Ainsi, dans l'affaire Erdem², la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que la peine maximale encourue était de dix ans avant de relever une violation de l'article 5§3. Il semble, dès lors, possible de considérer que, pour la Cour, la durée de la détention provisoire était excessive au regard de la peine encourue, de la gravité des faits reprochés.

444. La méthode européenne d'appréciation de la nécessité au sens large. Là encore, les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme n'ont fourni aucun critère d'appréciation souhaitant sans doute laisser ainsi une certaine latitude aux parties contractantes. La Cour européenne des droits de l'homme a peu à peu construit une méthode proche de celle de l'appréciation du délai raisonnable de l'article 5§3.

Quelle que soit la mesure de contrainte que le juge européen doit apprécier, il commence par vérifier que les autorités nationales ont bien motivé leur décision au regard d'un but légitime et que cette motivation s'est avérée pertinente tout au long de la mesure³. Puis, la Cour détermine quel aurait été le comportement normal d'un Etat placé dans la même situation que l'Etat mis en cause dans l'affaire dont elle est saisie⁴. Dans les cas qui ne supposent pas l'appréciation d'un délai, la Cour va ainsi s'attacher non pas au comportement *in concreto* des autorités nationales, mais à un comportement *in abstracto*. Pour fixer ce comportement « normal », la Cour se réfère le plus

p. 685 Chr. PETTTTI (L.E.), RSC 1998 p. 165 Chr. PETTTTI (L.E.) ; CEDH 28 octobre 1998, Assenov et autres contre Bulgarie, Requête n°24760/94, RSC 1999 p. 390 Chr. KOERING-JOULIN (R.).

¹ Voir notamment CEDH 25 février 1993, Dobbertin contre France, Requête n°13089/87, D. 1993 SC p. 384 note RENUCCI (J.F.) ; MAURO (J.), « Le délai raisonnable' de la procédure devant la Cour européenne de défense des Droits de l'Homme à Strasbourg. Un Droit fondamental sanctionné par la Cour », *Gaz. Pal.* 1988 1^{er} sem. Doct. p. 54.

² CEDH 5 juillet 2001, Erdem contre Allemagne, Requête n°38321/97.

³ CEDH 9 décembre 2004, Van Rossem contre Belgique, Requête n°41872/98, RSC 2005 p. 631 Chr. MASSIAS (F.). Dans le même sens voir, sur l'article 8, CEDH 16 décembre 1992, Niemietz contre Allemagne, Requête n°13710/88, §37 ; CEDH 16 décembre 1997, Camenzind contre Suisse, Requête n°21353/93. Sur l'article 10, CEDH 25 août 1993, Chorherr contre Autriche, Requête n°13308/87, §32 et 33. Pour plus de précisions sur cette méthode d'appréciation voir CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international Discours juridique, raison et contradictions, op. cit.*, n°515 à 544.

⁴ CORTEN (O.), *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international Discours juridique, raison et contradictions, op. cit.*, n°473 à 477 et n°545 à 547.

souvent à la pratique des autres Etats membres¹, élaborant ainsi un modèle abstrait de comportement correspondant au standard de la « Société démocratique ». La Cour établit ainsi une gravité de l’atteinte aux droits et libertés en quelque sorte médiane, autour de laquelle les circonstances propres à chaque affaire vont permettre de faire varier la mesure mise en œuvre mais sans que cette variation ne soit excessive. La notion de « nécessaire dans une Société démocratique » au même titre que celle de « raisonnable » implique ainsi que le juge contrôle la conformité de la situation à un modèle de référence en tenant compte de toutes les circonstances de l’affaire².

445. Comparaison des méthodes européenne et interne. Le législateur et la jurisprudence français prennent en compte, pour l’appréciation de la proportionnalité des mesures de contrainte, des critères proches de ceux établis par la Cour européenne des droits de l’homme. Par l’élaboration d’une méthode d’appréciation fondée sur des critères précisément énumérés, les instances européennes et le droit interne transforment les standards utilisés en de véritables règles de droit caractérisées par une certaine stabilité. Même si les délais les plus divers peuvent être admis au titre de la proportionnalité des mesures de contrainte, « toutes les décisions n’en apparaissent pas moins relever d’une même démarche cohérente, puisque le délai est pour chaque cas qualifié de raisonnable »³ et, ce, toujours au regard des mêmes critères. Comme toute règle de droit, les différents standards auraient, par leur méthode d’appréciation, une part de prévisibilité⁴. Ainsi, s’agissant du délai raisonnable, Monsieur Corten en déduit qu’il s’agit d’une notion juridique dont le contenu doit être donné, non en fonction de considérations personnelles extra-juridiques propres au juge, mais conformément au droit. Cela expliquerait les possibilités de contrôle juridique de cette notion et de réparation en cas de violation⁵.

446. Malgré tout, il apparaît que cette définition interne de la proportionnalité de la contrainte soit moins « aboutie » que la méthode européenne. En effet, certains éléments, tels que

¹ CEDH 12 décembre 1991, Toth contre Autriche, Requête n°11894/85, §77. Sur ce point voir PERELMAN(C.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, Volume XXIX, 1984, p. 19. Voir également pour la même idée BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 297 à 306.

² KHAIRALLAH (G.), « Le « raisonnable » en droit privé français développement récents », *RTDCiv.* 1984 p. 439 à 467.

³ CORTEN (O.), *L’utilisation du « raisonnable » par le juge international Discours juridique, raison et contradictions*, *op. cit.*, p. 239.

⁴ *Ibid.* p. 361.

⁵ *Ibid.*, p. 364 à 370.

l'appréciation de la conduite des autorités, ne sont pris en compte que de manière ponctuelle alors qu'ils sont systématiquement utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme. La prévisibilité paraît ainsi quelque peu douteuse en droit interne. De plus, comment, par exemple, le juge d'instruction pourrait-il apprécier lui-même la manière dont il conduit la procédure ? Il est regrettable que le législateur n'ait pas été jusqu'au bout de la logique de la création du juge des libertés en donnant à ce dernier un entier contrôle des atteintes à la liberté individuelle et souhaiter que les projets actuels mettent en place un tel contrôle.

En outre, les différents critères utilisés sont empreints d'une certaine subjectivité.

2°/ La subjectivité des critères

447. Bien qu'elle soit source de critiques, la part de subjectivité résultant de ces critères est également source de garanties pour la liberté individuelle.

448. Une source de critiques. Cette méthode d'appréciation, y compris au niveau européen, n'est pas dépourvue de toute subjectivité comme le montrent les affaires dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas suivi la Commission. Ainsi, dans l'affaire Van der Tang contre Espagne, bien que la Commission, par dix-sept voix contre neuf, avait estimé que l'article 5§3 n'avait pas été respecté, la Cour, à l'unanimité, a jugé qu'il n'y avait pas violation de l'article 5§3¹. Toute part de subjectivité ne semble donc pas totalement exclue. Il est, dès lors, également possible d'émettre un doute quant au caractère réellement prévisible de la solution au niveau européen puisque deux institutions saisies de la même affaire et appliquant la même méthode ne donnent pas toujours la même solution. La prévisibilité est pourtant un élément essentiel de la sécurité juridique dont doivent bénéficier les justiciables.

449. Par ailleurs, selon l'article préliminaire du Code de procédure pénale, la proportionnalité des mesures de contrainte doit être appréciée au regard de la gravité des faits. Cette notion de gravité des faits est subjective, chaque personne ayant, en quelque sorte, sa propre échelle de gravité des infractions qui peut être différente de l'échelle des peines encourues. La jurisprudence elle-même montre la subjectivité de cette notion lorsqu'elle justifie la détention provisoire. Ainsi,

¹ CEDH 13 juillet 1995, Van der Tang contre Espagne, Requête n°19382/92, RSC 1996 p. 467 Chr. KOERING-JOULIN (R.). On retrouve la même situation dans CEDH 24 août 1998, Contrada contre Italie, Requête n°27143/95, RSC 1999 p. 390 Chr. KOERING-JOULIN (R.).

la Cour d’appel d’Angers a justifié le recours à la détention provisoire dans une affaire d’homicide involontaire par l’existence d’un trouble à l’ordre public causé par un « comportement associal et moralement criminel »¹. De même, fin 1999, les médias ont fait état d’une décision d’un juge d’instruction de l’Est de la France qui, excédé par la multiplication des accidents de la circulation dus à l’utilisation du téléphone portable au volant, a placé une conductrice en détention provisoire, estimant que ces faits étaient graves. Il s’agissait d’une première en France. Le juge émet alors un jugement de valeur qui lui est personnel. D’ailleurs, dans son étude menée en 1994, Monsieur Lenoir a insisté sur le fait que malgré l’existence de critères préétablis, il existe des critères « extra judiciaires » justifiant la détention provisoire. Ainsi, un magistrat souligne que « tous les classements, ces préjugés sur l’étranger, sur le dealer, sur le voleur, sur le violeur [...] ce sont autant de référents dans l’espace public qui sont en nous et dont on ne peut se défaire ». Un procureur estime, quant à lui, que le motif premier de placement en détention est la gravité des faits et la perspective d’une peine que le tribunal ne va pas manquer d’infliger à la personne concernée. L’auteur de cette enquête insiste sur l’importance des principes étatiques qui dépendent eux-mêmes de l’appartenance culturelle des magistrats et de leur milieu social². La gravité des faits aujourd’hui critère légal, préétabli, de la proportionnalité est donc une notion extrêmement subjective en raison du jugement de valeur qu’elle implique.

450. Une source de garanties. Cependant, de telles critiques ne peuvent qu’être relatives. En effet, un jugement de valeur n’implique pas nécessairement l’absence d’une méthode rationnelle comme l’illustrent l’intime conviction et le doute favorable. En fait, ces défauts sont inhérents à la notion même de proportionnalité. Cette dernière, imposant une appréciation des circonstances de chaque affaire, suppose, par définition, un jugement de valeur qui comprend automatiquement une certaine subjectivité. Cette dernière n’empêche, toutefois, pas l’existence d’une méthode rationnelle comme en témoigne le maintien d’une méthode d’appréciation dans l’ensemble des décisions de la Cour européenne des droits de l’homme. Cette part de subjectivité est même inéluctable dès lors que l’étendue d’une mesure de contrainte doit être strictement adaptée aux circonstances de l’espèce. Elle résulte ainsi de la recherche de l’effectivité du respect de la liberté individuelle. Il convient simplement de veiller à ce qu’elle ne conduise pas à certains excès.

¹ Angers 4 janvier 1995, *JCP* 1995 IV 2461.

² LENOIR (R.), *Processus pénal et détention provisoire*, Editions Ecole pratique des hautes études en sciences sociales, Centre de sociologie de l’éducation et de la culture, 1994, 2 volumes, p. 550 à 624.

451. Toutefois, malgré l'élaboration progressive de véritables règles de droit tendant à assurer la proportionnalité des mesures de contrainte par le cumul des définitions quantitatives et qualitatives de leur étendue, l'application de ce principe reste encore aujourd'hui relative.

Section II- Une application relative

452. Cette relativité de la proportionnalité *in concreto* résulte à la fois de carences législatives (§1) et d'incertitudes jurisprudentielles (§2).

§1- Des carences législatives

453. Bien qu'il ait progressivement élaboré des règles de droit tendant à assurer la proportionnalité des mesures de contrainte, le législateur n'a pas pris soin d'apporter certaines précisions pourtant essentielles (A). En outre, il n'a pas entièrement déterminé les règles applicables en cas de cumul de mesures de contrainte (B). Les réponses à ces questions sont pourtant fondamentales pour assurer l'effectivité de la proportionnalité *in concreto*¹.

A- Des textes imprécis

454. Certaines définitions relatives à la proportionnalité *in concreto* de la contrainte doivent être précisées (1°). De plus, le législateur n'a pas indiqué le *dies a quo* de certaines privations de liberté ni le moment de leur prolongation (2°).

1°/ L'imprécision des définitions légales de la proportionnalité

455. La garde à vue. La lecture des dispositions relative à la garde à vue conduit à constater que le législateur n'a pas complété la définition quantitative de celle-ci par une définition

¹ Sur l'ensemble de ces points voir STAEGGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, op. cit., p. 420 à 429 et p. 444 à 461.

qualitative malgré la gravité de cette mesure. Certes, depuis la loi du 15 juin 2000¹, l’article préliminaire du Code de procédure pénale rappelle que toutes les mesures de contrainte doivent être proportionnées. Aussi, même si le législateur n’a pas intégré une telle référence au sein des dispositions spécifiques à la garde à vue, rien ne s’oppose à ce que les autorités procèdent à un tel contrôle en combinant les deux techniques de la définition quantitative et de la définition qualitative. Cependant, certains auteurs ont souligné que permettre un contrôle de la proportionnalité de la garde à vue à l’intérieur des limites posées par le législateur pourrait conduire à une multiplication du contentieux « avec la difficulté d’en fixer les règles précises, sauf à laisser aux juges du fond l’appréciation souveraine de ce contrôle, avec le risque de décisions très différentes d’un juge à l’autre, faisant peser une incertitude sur la procédure². Il a également été souligné qu’un tel contrôle soulèverait un certain nombre d’interrogations. « Combien d’heures admettre entre la fin des investigations et la remise en liberté ou le défèrement, doit-on tenir compte des heures de nuit ? Ce contrôle sera-t-il limité à l’apparence – les actes qui figurent en procédure, éventuellement le délai entre plusieurs actes -, alors que certaines investigations ne sont pas toujours actées en procédure (recherches infructueuses, vérifications diverses...), au risque de conduire les enquêteurs à multiplier les actes inutiles, ou portera-t-il sur la réalité, et éventuellement l’opportunité, des investigations ? »³.

456. Si cela semble, éventuellement, admissible pour des gardes à vue de courte durée, le refus d’un tel contrôle paraît fort inquiétant lorsque, comme en matière de terrorisme depuis la loi du 23 janvier 2006⁴, cette mesure peut aller jusqu’à six jours. Il est souhaitable que les autorités admettent un contrôle de la proportionnalité de la garde à vue, y compris dans les limites légales, en cas de prolongation de cette mesure⁵. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l’homme elle-même, contrairement à sa position en matière de détention provisoire, semble peu à peu établir une durée fixe constituant selon elle le délai raisonnable de cette mesure⁶. Ainsi, alors que les décisions de la Cour européenne des droits de l’homme sont assez peu prévisibles, *a priori*, en matière de détention provisoire, les solutions adoptées en matière de garde à vue se caractérisent au contraire par une certaine constance s’agissant de la durée acceptée. Pour la Cour, la durée

¹ Préc..

² Conclusions de l’avocat général GUERIN (O.), sous Ch. Mixte 7 juillet 2000, *JCP* 2000 II 10418.

³ *Ibid.*

⁴ Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, la sécurité et les contrôles frontaliers.

⁵ Voir en ce sens BUISSON (J.), « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2001 p. 25 à 41.

⁶ Voir notamment CEDH 26 janvier 1993, W. contre Suisse, Requête n°14379/88, *RSC* 1994 p. 363 Chr. KOERING-JOULIN (R.), *JCP* 1994 I 3742 n°8 note SUDRE (F.) ; POUGET (F.), « Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la CESDH », *RSC* 1989 p. 78 à 93.

raisonnable d'une garde à vue peut aller jusqu'à quatre jours, sauf circonstances exceptionnelles permettant une prolongation¹.

Cependant, prévoir une durée qualitative enserrée dans des limites fixes quantitatives aurait parfaitement été possible en matière de garde à vue comme le montre l'exemple de l'Espagne. En effet, si la Constitution espagnole fixe, en la matière, une durée quantitative maximale², elle combine cette méthode avec une détermination qualitative de cette durée. En vertu de l'article 17 de la Constitution du 27 décembre 1978, les soixante-douze heures constituent un seuil qui ne peut être dépassé. Toutefois, au sein de ce délai, la mesure de garde à vue ne peut pas « durer plus que le temps strictement nécessaire à l'accomplissement des investigations policières »³.

457. La détention provisoire. Le système complexe, actuellement en vigueur en France, permet de nombreuses prolongations de la durée de la détention provisoire. Aussi, dans un souci de limiter la durée de cette mesure et de simplification, le rapport de la Commission d'enquête désignée suite à l'affaire d'Outreau a proposé que la durée maximale de la détention avant l'audience de jugement soit fixée à deux ans en matière criminelle et un an en matière correctionnelle sans possibilité de prolongation, sauf dans les domaines relevant de la criminalité organisée ainsi qu'en cas de récidive⁴. Ces propositions n'ont pas été retenues par le projet de loi. Un amendement a repris ces propositions. De plus, un autre amendement proposait qu'«en matière criminelle, quelle que soit la nature de l'acte commis et les circonstances de celui-ci, la détention provisoire ne [puisse] excéder une durée d'un an pouvant être prolongée une fois pour une durée maximum de 6 mois, renouvelable une fois. A titre exceptionnel, lorsque les investigations du juge d'instruction d[evai]ent être poursuivies et que la mise en liberté de la personne mise en examen causerait pour la sécurité des personnes et des biens un risque d'une

¹ CEDH 29 novembre 1988, Brogan et autres contre Royaume-Uni, Requêtes n°11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85.

² Il faut noter que l'Espagne n'est pas le seul Etat à avoir encadré constitutionnellement la durée de la garde à vue. Ainsi, les Constitutions allemande, belge et italienne prévoient respectivement que la détention policière ne peut excéder quarante-huit heures, vingt-quatre heures et quatre-vingt seize heures. Ces dispositions soulignent la valeur fondamentale du respect de la proportionnalité des mesures de contrainte pour l'effectivité de la liberté individuelle. Voir *Sénat, Législation comparée n°204*, 31 décembre 2009 ; BUISSON (J.), « Législation comparée Garde à vue Singularité de la législation française à la lumière des textes étrangers », *Procédures* 2009 Comm. n°81.

³ Voir CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica et PUAM, 1998, p. 386.

⁴ Concernant la question de la récidive, il faut noter que lors des travaux préparatoires de la loi de 1996, certains avaient proposé d'interdire le recours à la détention provisoire à l'égard des « primo-délinquants » quelle que soit l'infraction. Cependant, cette proposition n'a pas été retenue, en raison, sans doute, de la difficulté pour la recherche des preuves que pourrait entraîner la disparition de la détention provisoire dans certaines affaires. Voir HOUILLON (P.), *Rapport Assemblée nationale n°2916*, 25 juin 1996, p. 31.

particulière gravité, la chambre de l’instruction [pourrait] prolonger pour une durée de quatre mois les durées prévues au présent article ». Le premier amendement a été rejeté et le second retiré lors de l’examen du projet de loi par la Commission des lois de l’Assemblée nationale le 6 décembre 2006. En effet, le rapporteur de la Commission, après avoir souligné « la convergence de vues des parlementaires sur la nécessité de limiter la durée de la détention provisoire » a estimé que « réduire les délais prévus par le Code de procédure pénale pouvait avoir des effets indésirables, en ce que la justice serait parfois dans l’obligation de remettre en liberté des personnes dangereuses ». Il en a conclu qu’il ne fallait pas fixer des règles trop rigides et que « les dispositions du projet de loi, consistant à aménager des fenêtres périodiques de réexamen des décisions du juge, à divers stades de la procédure, s’avéraient plus adaptées ». L’insuffisance de la définition quantitative de la durée de la détention provisoire serait ainsi, en quelque sorte, comblée par le renforcement de l’obligation de contrôle périodique de la proportionnalité de la mesure. L’avant-projet de Code de procédure pénale de mars 2010 semble partager cette idée. En effet, s’il propose une modification de la rédaction des divers articles relatifs à la durée de la détention provisoire, il n’apporte aucune réelle modification sur le fond. Cette première impression doit, toutefois, être nuancée en matière criminelle puisque, selon l’avant projet, la durée initiale de la détention provisoire en la matière aurait une durée de six mois.

2°/ L’indétermination légale du *dies a quo* et du moment de la prolongation des privations de liberté

458. Le *dies a quo* des privations de liberté. La question du point de départ des mesures de contrainte est fondamentale pour déterminer si celles-ci sont proportionnées ou non. Rares sont les dispositions le prévoyant expressément.

459. En matière de vérification d’identité, le législateur a, expressément, fixé ce point. En effet, en vertu de l’article 78-3 alinéa 3, la « rétention ne peut excéder quatre heures à compter du contrôle effectué en application de l’article 78-2 ». De même, l’article 78-2 alinéa 2 dispose que lorsqu’une vérification d’identité est décidée par un officier de police judiciaire après un contrôle d’identité effectué par un agent de police judiciaire adjoint « le délai prévu au troisième alinéa de [l’article 78-3] court à compter du relevé d’identité ». Cette solution paraît logique dans la mesure

où la personne est privée de sa liberté à partir de ce moment-là. Cependant, il aurait également été possible de retenir le refus ou l'impossibilité de justifier de son identité¹.

460. Le Code de procédure pénale est, longtemps, resté muet quant à la détermination du point de départ de la garde à vue. Après l'adoption de ce Code, deux conceptions se sont opposées. La première, qualifiée de subjective, estimait que la garde à vue devait courir à compter du moment où les soupçons s'orientaient vers une personne. Cependant, il s'agit d'un critère extrêmement vague qui ne correspond pas nécessairement à la réalité d'un placement en garde à vue. En effet, l'existence de soupçons, ou aujourd'hui de « raisons plausibles de soupçonner », à l'encontre d'une personne, n'impose pas le placement en garde à vue. La seconde théorie, dite objective, faisait courir la durée de la garde à vue à compter de l'arrivée de la personne dans les locaux de la police². L'article 124 du décret de 1903 et les circulaires des 27 janvier et 1^{er} mars 1993 considèrent que le point de départ de la mesure, lorsque celle-ci fait suite à une arrestation de la personne, en particulier dans le cadre d'un flagrant délit, est le moment de l'arrestation et non le moment où la personne est entendue par un officier de police judiciaire, afin de ne pas retarder la mise en œuvre des garanties prévues par le législateur. Cette solution permet notamment de ne pas retarder le point de départ du délai de garde à vue et de ne pas permettre ainsi une prolongation d'autant de la mesure au-delà de la durée légale. Une solution différente réduirait à néant les efforts du législateur d'encadrer strictement la durée de cette mesure³. Toutefois, la Cour de cassation admet que l'audition d'une personne qui s'est présentée spontanément ne s'impute pas sur la durée de la garde à vue au motif qu'il s'agit d'une audition

¹ DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998, n°1166; ETRILLARD (C.), *Le temps dans l'investigation pénale*, op. cit., n°254.

² Pour une présentation de ces débats voir ESSAÏD (M.J.), *La présomption d'innocence*, Editions La Porte, Rabat, 1971, n°571 à 574.

³ Un auteur a, dans les années soixante, proposé une méthode quelque peu étonnante du calcul du point de départ de la garde à vue. En effet, selon lui, il convenait pour cela de se placer « au moment où l'officier de police judiciaire aura soit remis la personne qu'il a gardé en liberté, soit conduit cette personne devant le procureur de la République, et ensuite marcher à reculons. Il faudra alors rechercher si 24 ou 48 heures avant cet instant, il y a eu des actes qui puissent être considérés comme des actes de garde à vue » c'est-à-dire dès lors que « après épuisement des pouvoirs donnés à la police par certains textes, une personne est privée de la liberté d'aller et venir, même si cette privation ne lui est pas notifiée par procès-verbal ». Voir QUERIAUX (G.), *La garde à vue*, Thèse Paris, p. 63 à 67. Une telle proposition laisse assez sceptique. En effet, partir de la fin de la garde à vue pour en déterminer le point de départ suppose que la mesure de contrainte n'ait pas eu en l'espèce une durée supérieure aux dispositions légales. Il y a ainsi une sorte de présomption de légalité de la durée de la garde à vue. De plus, le but du législateur lorsqu'il détermine des durées fixes de garde à vue est de déterminer à quel moment la personne doit être libérée. Si l'on détermine le point de départ de la garde à vue à partir de la libération de l'individu, cela revient à ne pas respecter la volonté du législateur. Cette solution renverse le raisonnement du législateur qui est de déterminer, *a priori*, la durée maximale d'une privation de liberté par les services de police. En effet, cette solution conduit à déterminer *a posteriori* le point de départ de cette mesure. Il paraît difficile de comprendre comment un tel calcul pourrait permettre de s'assurer que la personne a réellement bénéficié de cette garantie de la liberté individuelle que constitue la proportionnalité des mesures de contrainte.

sans contrainte¹. Cette position est justifiée par certains auteurs en raison de la « collaboration volontaire » à l’enquête que constitue cette audition. Elle paraît, cependant, critiquable, en particulier au regard de la contrainte psychologique que peut constituer la possibilité laissée par l’article 78 du Code de procédure pénale d’ordonner la conduite *manu militari* de la personne qui ne se serait pas présentée alors qu’elle était convoquée. De même, si la personne est appréhendée par un particulier en vertu de l’article 73 du Code de procédure pénale, la garde à vue débute logiquement au moment de la présentation de la personne à un officier de police judiciaire, seul habilité à ordonner une telle mesure. Afin d’éviter toute prolongation artificielle de la privation de liberté, il faut que cette présentation ait lieu dans les plus brefs délais². L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 tend à la consécration législative de ces diverses solutions jurisprudentielles. En effet, l’article 327-12 indique que « si la personne a été interpellée par la force publique, l’heure de son interpellation est considérée, pour la prise en compte du délai de vingt-quatre heures, comme celle du début de la garde à vue, y compris dans le cas où il a été fait application des dispositions de l’article 327-7 ». De même, si la personne s’est vue interdire de s’éloigner du lieu de l’infraction en vertu de l’article 61, le délai de garde à vue court à compter de cette interdiction. Si la personne a été contrainte par la force à comparaître devant les membres des services de police, le point de départ du délai de garde à vue sera le moment où elle est présentée à l’officier de police judiciaire. En revanche, si la personne a été convoquée et s’est présentée d’elle-même aux autorités compétentes, par exemple dans le cadre d’une enquête préliminaire, c’est le début de son audition qui constituera le point de départ de la garde à vue, ou tout au moins la décision de placement en garde à vue qui peut être prise à l’issue de cette audition³. L’avant-projet de Code de procédure pénale nuance ainsi quelque peu la solution actuelle. Il a toutefois l’avantage de la précision. La loi du 14 avril 2011⁴ n’a pas fait preuve de la même précision. En effet, elle se contente de préciser que « l’heure du début de la mesure est fixée, le cas échéant, à l’heure à laquelle la personne a été appréhendée ». La question se pose donc de savoir quelle est l’heure du début de la garde à vue lorsque la personne n’a pas été appréhendée.

¹ Notamment Crim. 4 mars 1998, *Dr. Pén.* 1998 Comm. n°108 note MARON (A.) ; Crim. 24 novembre 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°30 note MARON (A.) ; Crim. 10 mai 2000, *Bull.* n°180 ; MARON (A.), « La garde à vue fait une poussée de bourbouille », *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°5, dans un sens favorable à cette jurisprudence ; Crim. 31 octobre 2001, *Procédures* 2002 Comm. n°37 note BUISSON (J.) dans un sens critique à l’égard de cette jurisprudence.

² Crim. 23 mars 1982, *Bull.* n°84 ; Crim. 16 février 1988, *Bull.* n°75 pour une affaire au cours de laquelle il s’était écoulé près de 7 heures entre l’appréhension de la personne en vertu de l’article 73 et l’appel des gendarmes, la personne ayant pendant ce temps été interrogée et ayant signé des aveux.

³ Article 327-12 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

⁴ Préc..

461. Il semble qu'il s'agisse des deux seules hypothèses de définition légale du *dies a quo*. En matière de détention provisoire, les textes ne précisent ni la date à laquelle les délais-butoirs commencent à courir, ni la façon de les calculer. Aussi, faut-il se tourner vers la jurisprudence pour obtenir des réponses qui, au-delà même de l'insécurité liée à la nature de cette source, sont parfois déroutantes et changeantes selon les situations. La jurisprudence distingue, s'agissant du *dies a quo*, selon que la détention fait suite à un mandat d'arrêt ou d'amener. En cas de mandat d'arrêt, le *dies a quo* est le jour de la mise sous écrou en exécution de ce mandat et non la date de l'ordonnance ultérieure de placement en détention provisoire¹. En revanche, en cas de mandat d'amener, le délai court seulement à partir de la date de l'ordonnance de placement en détention, et ce même si le mis en examen a été appréhendé à plus de deux cent kilomètres du siège du juge d'instruction qui a délivré le mandat². La jurisprudence refuse, par conséquent, d'inclure dans la durée de la détention provisoire le délai de vingt-quatre heures pendant lequel l'individu peut être détenu dans une maison d'arrêt en exécution de ce mandat et les délais de transfèrement des articles 127 et suivants du Code de procédure pénale. De même, la jurisprudence refuse de tenir compte du temps passé en détention à l'étranger pour la même cause, et ce même si l'arrestation a eu lieu en vertu d'une demande d'extradition émanant des autorités françaises. Dans ce cas le délai ne court qu'à compter du jour où le mis en examen est écroué sur le territoire national³. La Cour européenne des droits de l'homme estime, quant à elle, que le début de la détention provisoire est la date de placement sous mandat de dépôt⁴ ou la date d'arrestation, ce qui, aussi surprenant que cela paraisse pour les juristes français, implique que la Cour prend en compte la durée de la garde à vue pour apprécier le caractère raisonnable de la détention provisoire⁵. On le voit, la jurisprudence française, bien qu'ayant le mérite d'avoir tenté de combler les vides juridiques laissés par le législateur, est loin d'être totalement en conformité avec les exigences européennes en la matière.

¹ Voir notamment Crim. 10 mai 1995, *JCP* 1995 IV n°2056, *Dr. Pén.* 1996 Chr. n°36 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.) ; Crim. 5 mai 1997, *JCP* 1997 IV n°1848.

² Crim. 8 avril 1986, *Bull.* n°117.

³ Crim. 28 novembre 1991, *D.* 1992 p. 472 note FOURNIER (A.).

⁴ CEDH 9 novembre 1999, *Debboub contre France*, Requête n° 37786/97.

⁵ PICARD (M.) et TITIUN (P.), « Article 5§3 », *in* sous la direction de sous la direction de PETTITI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 211 à 227; CEDH 26 septembre 2006, *Gérard Bernard contre France*, Requête n° 27678/02.

462. Le moment de la décision de prolongation. Lorsqu’il a recours au système des tranches, comme en matière de garde à vue, de détention provisoire, d’écoutes téléphoniques ou de sonorisation, le législateur n’a pas non plus indiqué à quel moment les prolongations devaient avoir lieu. Il est, une nouvelle fois, revenu à la jurisprudence le soin de préciser que la prolongation devait nécessairement intervenir avant l’expiration de la tranche précédente. Une solution contraire porterait, en effet, atteinte à la liberté individuelle. Admettre une prolongation intervenant alors que ce délai est expiré reviendrait à admettre le renouvellement d’une privation de liberté qui n’a plus de titre légal.

Ainsi, en matière de sonorisation, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que « le renouvellement d’une autorisation de mise en place d’un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l’enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l’image de personnes se trouvant dans un lieu privé, doit intervenir avant l’expiration de la mesure précédente », ce délai courant à compter de la mise en place effective de la sonorisation¹.

Le même raisonnement a été retenu par la Cour de cassation en matière de détention provisoire². Dans ce cas, les délais doivent être calculés de quantième à quantième c’est-à-dire de date à date³. En effet, l’article 801 du Code de procédure pénale, qui prévoit la prorogation des délais en cas de jours fériés ou chômés ou de week-end, est inapplicable en la matière. Certains auteurs se sont étonnés de cette dernière jurisprudence⁴. Cependant, elle n’est que la conséquence directe du principe selon lequel une décision de prolongation d’une mesure de contrainte doit intervenir avant l’expiration de la décision précédente. En outre, rien n’empêche le juge des libertés et de la détention de rendre son ordonnance de prolongation plusieurs jours avant l’expiration du délai précédent⁵.

En revanche, la jurisprudence ne paraît pas toujours aussi claire en matière de garde à vue. Ainsi, la Cour de cassation a déjà validé une prolongation de garde à vue notifiée une heure après la fin du délai précédent, dès lors que la demande avait eu lieu pendant celui-ci⁶. Cette décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne peut qu’être critiquée. En effet, depuis une heure

¹ Crim. 13 novembre 2008, *Bull.* n°230.

² Crim. 9 mai 2001, *Dr. Pén.* 2001 Chr. n°7 MARSAT (C.).

³ Voir notamment Crim. 26 juillet 1989, *D.* 1989 IR p. 257 ; Crim. 8 juillet 1992, *D.* 1992 IR p. 219. Ainsi, si la détention a été ordonnée le 15 mars pour un délit, la prolongation doit intervenir au plus tard le 14 juillet à minuit et prend effet le 15 juillet à zéro heure.

⁴ ROBERT (J.) note sous Crim. 10 novembre 1982, *RSC* 1983 p. 684.

⁵ Crim. 4 janvier 1993, *RSC* 1993 p. 795 obs. BRAUNSCHWEIG (A.).

⁶ Crim. 14 octobre 1998, A. Decaix, *Procédures* 1999 Comm. n°47 note BUISSON (J.).

la personne gardée à vue était retenue sans titre légal. Cette décision paraît peu protectrice de la liberté individuelle créant ainsi un risque de dérive. Il serait souhaitable, pour assurer un réel respect des durées de garde à vue fixées par le législateur, que la présentation au magistrat chargé de la prolongation, lorsqu'elle est obligatoire, et la notification de la prolongation aient lieu pendant le délai légal. Le renouvellement, intervenu alors que la durée initiale de la mesure était écoulée, pouvait légitimement être considéré nul.

463. Le moment de l'application de la décision de prolongation. Lorsqu'elle intervient avant la fin de la tranche précédente, la question du moment de mise en œuvre de la décision de renouvellement ou de refus de prolongation de la mesure de contrainte se pose. En cas de refus, doit-on mettre fin immédiatement à la mesure de contrainte ou doit-on attendre la fin de l'exécution du titre précédent ? En cas de renouvellement, doit-on considérer que le point de départ de la nouvelle tranche est la nouvelle décision ou doit-on attendre la fin de l'exécution du titre précédent ?

En matière de garde à vue, la Cour de cassation a précisé que « le juge ne tient pas de la loi le droit de fixer librement le point de départ de la prolongation de la garde à vue, laquelle prend nécessairement effet à l'issue de la première période de vingt-quatre heures, calculée à partir du début de la rétention décidée par l'enquêteur agissant sur commission rogatoire »¹. Dans cette affaire, dans le cadre de l'exécution d'une commission rogatoire, un placement en garde à vue avait eu lieu le 28 décembre 1997 à 7h30. Le juge d'instruction avait autorisé une prolongation de cette mesure mais avait fixé le point de départ de cette prolongation au 28 décembre 1997 à 18h ramenant ainsi la durée totale de la garde à vue à 34h30. Cette solution paraît étonnante. En effet, le magistrat semblait considérer la prolongation utile à la manifestation de la vérité et pourtant il a réduit la première tranche de garde à vue.

En matière de détention provisoire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 7 juin 2006², qu'« aucune disposition légale n'impose que le juge des libertés et de la détention prescrive la mise en liberté immédiate de la personne dont il refuse de prolonger la détention ». En l'occurrence, si le juge des libertés et de la détention estimait que la prolongation de la détention provisoire n'était pas nécessaire, en quoi le maintien en détention jusqu'à la fin du titre initial l'était-il ? Le juge des libertés et de la détention devrait vraisemblablement s'en

¹ Crim. 15 février 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°131 note BUISSON (J.).

² Crim. 7 juin 2006, *Procédures* 2006 Comm. n°250 note BUISSON (J.).

expliquer pour éviter toute critique au regard du principe de proportionnalité des mesures de contrainte posé par l’article préliminaire du Code de procédure pénale. La Cour de cassation semble ici adopter une solution identique à celle retenue en matière de garde à vue.

Il faut dès lors considérer que le premier titre de contrainte, qu’il soit policier ou judiciaire, doit s’exécuter jusqu’à la fin de la durée fixée par le législateur et ce n’est qu’à compter de la fin de ce délai que la décision de prolonger ou non la contrainte prendra effet.

464. Toutefois, ce ne sont, malheureusement pas les seuls points sur lesquels le législateur est resté silencieux.

B- Des règles légales partielles en cas de cumul de mesures de contrainte

465. Si le législateur a envisagé le cumul de mesures différentes (a), il n’a prévu aucune règle en cas de cumul de mesures de contrainte identiques (b), alors même qu’un tel cumul peut permettre d’aller bien au-delà des bornes fixées aux mesures de contrainte par le législateur. Ce silence est dès lors regrettable dans un souci de respect de la proportionnalité des mesures de contrainte.

1°/ Un cumul de mesures de nature différente

466. En cas de cumul de plusieurs mesures de contrainte différentes dans la même procédure, le législateur prévoit parfois un système permettant de limiter la durée totale de la contrainte. Le législateur a ainsi expressément prévu les hypothèses de cumul d’une vérification d’identité et d’une garde à vue ou de cette dernière et d’une retenue douanière, en raison de la nature quasi similaire de ces mesures.

467. Vérification d’identité et garde à vue. Lorsqu’une mesure de vérification d’identité est suivie d’un placement en garde à vue, la durée de la rétention s’impute sur celle de la garde à vue en vertu de l’article 78-4 du Code de procédure pénale. Il a été proposé en juin 1993 de

supprimer cette imputation et d'ajouter la durée de la vérification et de la garde à vue. Cependant, cette proposition a été rejetée en raison d'un risque de détournement de la procédure tendant à une recherche systématique de l'identité afin d'allonger la durée de la garde à vue¹. Par le choix de l'imputation de la durée d'une mesure de contrainte sur celle d'une autre mesure, le législateur renforce ainsi le respect des durées maximales de la contrainte et donc de la proportionnalité de celle-ci. Cette disposition est d'ailleurs reprise par l'article 327-12 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

468. Retenue douanière et garde à vue. De même, en matière douanière, des opérations des services des douanes peuvent parfaitement précéder les mesures policières. En vertu de l'article 323-1 du Code des douanes, les services des douanes peuvent placer un individu en retenue douanière. Si l'objet principal de la retenue douanière est l'interrogatoire de la personne qui y est soumise, elle peut également permettre aux services de police de procéder à des perquisitions ou visites domiciliaires. La retenue douanière peut dès lors être rapprochée de la garde à vue. Cette idée est renforcée par le fait que cette mesure peut durer vingt-quatre heures renouvelables une fois pour la même durée par le procureur de la République en vertu de l'article 323-2 du Code des douanes. L'article 323-9 du Code des douanes précise que « lorsque les personnes retenues sont placées en garde à vue au terme de la retenue, la durée de celle-ci s'impute sur la durée de la garde à vue »². La Cour de cassation souligne que « si la retenue douanière et la garde à vue obéissent à des régimes juridiques distincts, il demeure que la durée totale de privation de liberté que chacune de ces mesures prévoit ne peut excéder vingt-quatre heures, sans l'intervention d'un magistrat, et qu'il en va de même lorsque les deux mesures se succèdent, la durée de l'une s'imputant sur la durée de l'autre par application de l'article [323-9] du Code des douanes ; le dépassement de ce délai constituant par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée »³.

469. En revanche, le législateur est, en général, silencieux lorsque des mesures identiques se cumulent.

¹ BUISSON (J.), « Contrôles et vérifications d'identité », J.Cl. fasc. 20 n°27.

² Cette disposition constituait jusqu'à la loi du 14 avril 2011 le dernier alinéa de l'article 323 du Code des douanes. Elle avait été reprise par l'article 327-12 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

³ Crim. 11 décembre 1997, *Bull.* n°424.

2°/ Un cumul de mesures identiques

470. La jurisprudence a, progressivement, mis en place certaines règles en cas de cumul de mesures de contrainte identiques. Il convient de distinguer l’hypothèse dans laquelle ces mesures sont ordonnées au cours d’une même procédure et celle dans laquelle ces mesures sont ordonnées à l’égard de la même personne mais dans des procédures différentes.

471. Une procédure unique. La question est de savoir si, par exemple, une personne peut être placée deux fois en garde à vue ou en détention provisoire dans la même affaire, la durée totale des deux dépassant les maxima fixés par le législateur. La protection de la liberté individuelle et le respect de la volonté du législateur s’opposent à une réponse positive. En effet, si le législateur a encadré de manière stricte la durée des mesures de contrainte privatives de liberté afin que celles-ci soient proportionnées au but poursuivi, à savoir la recherche des preuves, il paraît peu logique que par son silence sur cette question le législateur ait voulu autoriser les autorités chargées de cette recherche à déroger aux règles ainsi fixées. Cela reviendrait à autoriser un détournement des pouvoirs accordés et à une violation de la proportionnalité de la contrainte.

472. Ainsi, si le législateur estime qu’une garde à vue ne peut être proportionnée que si elle dure au maximum quarante-huit heures, toute mesure outrepassant ce délai serait dans l’esprit du législateur par définition disproportionnée. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle estimé en 1996 que la durée totale d’une garde à vue ne saurait excéder quarante-huit heures, même si cette durée est fractionnée entre plusieurs gardes à vue tout au long de la procédure. La Chambre criminelle de la Cour de cassation précise que cette solution doit être retenue même si les deux mesures sont séparées dans le temps par plusieurs mois, voir années, et que la première a été ordonnée dans le cadre d’une enquête préliminaire et la seconde dans le cadre de l’exécution d’une commission rogatoire¹. Au cours d’une même procédure, une personne ne peut faire l’objet que d’une seule garde à vue, même si celle-ci doit, pour les nécessités de l’enquête, être fragmentée dans le temps. Les seuils quantitatifs fixés par le législateur ne peuvent être contournés. L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit d’ailleurs expressément que « si une personne est

¹ Crim. 13 février 1996, *Bull.* n°74, *Procédures* 1996 Comm. n° 151 note BUISSON (J.), *JCP* 1997 I 3998 n°1, *Dr. Pén.* 1996 Comm. n°143 note MARON (A.), *D.* 1996 SC p. 258, *Justices* 1997 p. 309 obs. REBUT (D.), *RSC* 1996 p. 690 Chr. DINTILHAC (J.P.); PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°26 ; BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 6^e édition, 2010, n°743. Sur cette question voir également BESSON (A.), « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.* 1958 p. 129 à 144 ; QUERIAUX (G.), *La garde à vue, op. cit.*, p. 79 à 84 ; SERRATRICE-COUTTENIER (B.), « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », *RSC* 1998 p. 465 à 478.

placée en garde à vue à plusieurs reprises pour les mêmes faits, au cours de l'enquête, les heures déjà passées en garde à vue s'imputent sur les délais prévus par l'article 327-9 » c'est-à-dire sur la durée maximale de cette mesure¹. Cette proposition a été consacrée par la loi du 14 avril 2011.

473. Dans le même sens, la Cour de cassation estime que lorsqu'une personne mise en détention provisoire est libérée, elle ne peut pas, par la suite, être soumise à cette mesure dans la même affaire, même si la durée maximale de la détention provisoire n'a pas été atteinte, sauf en cas de circonstances nouvelles entrant dans les prévisions de l'article 144. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 30 avril 2002, admis qu'une personne soit placée une seconde fois en détention provisoire dans la même affaire, dès lors que les juges du fond avaient souligné que la libération de cette personne perturbait particulièrement la victime de viols et agressions sexuelles sur mineurs et laissait craindre des pressions sur les victimes et les témoins². La liberté étant le principe, une mise en liberté implique l'absence de nécessité du maintien de la mesure de contrainte. Seuls d'autres motifs peuvent justifier un nouveau placement. Cette solution participe à la fois du respect de la nécessité des mesures de contrainte et de leur proportionnalité.

Cependant, la mise en liberté peut être assortie d'un contrôle judiciaire. Si la personne ne respecte pas ses obligations, un nouveau placement en détention provisoire peut être ordonné. Le risque est que cette possibilité permette de dépasser les durées maximales de la détention provisoire. En l'absence de précision du législateur, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait établi que les textes relatifs à la prolongation de la détention provisoire seraient alors applicables³. Cette solution posait de nombreuses difficultés, notamment parce que la détention provisoire peut être ordonnée comme sanction du non respect des obligations du contrôle judiciaire y compris lorsqu'elle ne peut, en principe, pas être ordonnée pour un autre motif⁴. Il serait alors logique, pour assurer le respect du délai raisonnable de cette mesure, que soit prise en compte la durée de la détention déjà effectuée afin de ne pas dépasser les délais fixés par la loi. C'est d'ailleurs la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière⁵. Pourtant, avant la

¹ Article 327-12 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

² Crim. 30 avril 2002, *Bull.* n°92, *Dr. Pén.* 2002 Chr. n°40 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.). Dans le même sens voir notamment Crim. 15 février 1995, *Dr. Pén.* 1995 Comm. n°103 note MARON (A.).

³ Crim. 20 décembre 1983, *Bull.* n°349 ; Crim. 15 avril 1991, *Bull.* n°178.

⁴ Voir sur ce point BONIS-GARCON (E.), « La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire », *JCP* 2002 I 159.

⁵ CEDH 16 juillet 1971, *Ringeisen contre Autriche*, Requête n° 2614/65 ; CEDH 6 juin 1991, *Letellier contre France*, Requête n° 12369/86, *D.* 1992 SC p. 328 note PRADEL (J.), *Dr. Pén.* 1991 Comm. n° 274 note MARON (A.)

loi du 15 juin 2000, la jurisprudence française se refusait à un tel calcul¹. A chaque nouveau placement en détention provisoire dans une même affaire, on repartait, en quelque sorte, de zéro. Il était à craindre que les juges d’instruction imposent au mis en examen des obligations telles qu’il paraisse évident que celui-ci ne pourrait pas les respecter, comme par exemple un cautionnement trop important par rapport aux revenus de l’intéressé. Cela reviendrait pour le juge d’instruction à contourner les durées légales de la détention provisoire. Afin d’éviter toute dérive éventuelle, la loi du 15 juin 2000, reprenant la proposition de loi tendant à préciser les modalités de calcul de la durée maximale de la détention provisoire déposée en 1998, a créé l’article 141-3 du Code de procédure pénale selon lequel « lorsque la détention provisoire est ordonnée à la suite d’une révocation du contrôle judiciaire à l’encontre d’une personne antérieurement placée en détention provisoire pour les mêmes faits, la durée cumulée des détentions ne peut excéder de plus de quatre mois la durée maximale de la détention prévue respectivement aux articles 145-1 et 145-2. Lorsque la peine encourue est inférieure à celle mentionnée à l’article 143-1, la durée totale des détentions ne peut excéder quatre mois ». Cette durée supérieure de la détention provisoire s’explique, semble-t-il, par la volonté de sanctionner l’attitude de la personne qui ne s’est pas soumise aux obligations ordonnées. Toutefois, le législateur a voulu imposer, quelle que soit l’hypothèse de détention provisoire, un délai-butoir. Cependant, reprenant une formule classique, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé en 2003 que « les dispositions de l’article 141-3 qui ont trait à la durée maximale de la détention provisoire dans le cadre des articles 145-1 et 145-2 ne s’appliquent pas au calcul de la période de quatre mois à l’expiration de laquelle la détention provisoire peut être prolongée ; ainsi, dans cette hypothèse, il n’y a pas lieu de tenir compte de la durée accomplie antérieurement à la révocation du contrôle judiciaire »². Ceci paraît assez étonnant et relativement contradictoire avec la solution retenue par le législateur, la Cour de cassation semblant ainsi maintenir sa jurisprudence antérieure.

474. Une autre question peut se poser en matière de cumul. Cette fois-ci, il ne s’agit plus du cumul de mesures de contrainte différentes, mais du cumul de la même mesure de contrainte, ou plus exactement de la succession dans un temps rapproché ou plus ou moins éloigné de deux

¹ Crim. 22 janvier 1981, A. Gérard, *Bull.* n°33, *D.* 1981 p. 561 note PRADEL (J.); Crim. 20 décembre 1983, *Bull.* n°349 ; Crim. 15 avril 1991, *Bull.* n°178 ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°34.

² Crim. 2 décembre 2003, *Bull.* n°229, *JCP* 2004 IV 1100. Dans le même sens voir Crim. 22 mars 2011, pourvoi n°10-88.849, *AJ pén.* 2011 p. 421 obs. PERRIER (J.B.).

mesures de contrainte identiques à l'encontre de la même personne mais au cours de procédures différentes.

475. Des procédures différentes. Il serait, *a priori*, assez peu réaliste face à une certaine délinquance « professionnelle » de ne permettre qu'une durée de quarante-huit heures de garde à vue pour la même personne. Comment imaginer une procédure pénale dans laquelle un meurtrier, ou même un simple voleur, récidiviste ne pourrait pas être placé en garde à vue ou en détention provisoire dans une affaire, sous prétexte qu'il l'a déjà été dans une précédente ? Ce serait en tout état de cause pousser au maximum et de manière bien peu rationnelle la protection de la liberté individuelle. Le contrôle de la proportionnalité de la contrainte suppose une appréciation *in concreto* au regard de l'affaire dans laquelle la mesure est mise en œuvre et non une appréciation basée uniquement sur la situation de la personne. C'est d'ailleurs bien la solution traditionnellement retenue par la Cour de cassation¹.

476. Toutefois, en matière de garde à vue, celle-ci distingue dans un tel cas deux hypothèses. En effet, elle considère que si les gardes à vue ordonnées pour des faits différents sont exécutées de manière discontinue, c'est-à-dire éloignées dans le temps, la durée de la première ne doit pas être prise en compte pour le calcul de la seconde dans la logique de ce que vient d'être souligné. En revanche, si les gardes à vue sont proches dans le temps, la durée totale ne peut excéder la durée maximale prévue pour la dernière bien qu'elles soient ordonnées dans deux affaires distinctes. En effet, il ne faut pas que le fait qu'une personne soit suspectée dans plusieurs affaires permette de contourner la loi et de la maintenir en garde à vue pour une durée supérieure à celle prévue par le législateur². La protection de la liberté individuelle reprend alors le pas sur celle de l'ordre public. D'ailleurs, ni l'avant-projet de Code de procédure pénale ni la loi du 14 avril 2011 n'ont résolu cette question.

¹ Sur la possibilité de cumul des gardes à vue au-delà des délais légaux en cas de faits distincts voir Crim. 15 décembre 1999, *Bull.* n°311, *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°50 note MARON (A.), *RSC* 2000 p. 421 Chr. COMMARET (D.N.) ; Crim. 2 septembre 2004, *Bull.* n°196, *RSC* 2005 p. 378 Chr. BUISSON (J.), *AJ pén.* 2004 p. 410 note COSTE (J.) ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°26. En matière de détention provisoire voir Crim. 24 mai 2005, *Dr. Pén.* 2005 Comm. n°135 note MARON (A.).

² Crim. 17 mars 2004, *Bull.* n°69, *AJ pén.* 2004 p. 248 note COSTE (J.), *RSC* 2005 p. 378 Chr. BUISSON (J.), *Dr. Pén.* 2004 Comm. n°96 note MARON (A.) ; PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°26. Voir déjà en ce sens Paris 14 juin 1996, *Dr. Pén.* 1998 Comm. n°139 note MARON (A.).

477. Malgré ces précisions jurisprudentielles venant compléter les dispositions législatives, le contrôle juridictionnel de la proportionnalité des mesures de contrainte reste insatisfaisant.

§2- Un contrôle juridictionnel insatisfaisant

478. Le respect de la proportionnalité des mesures de contrainte fait l’objet de contrôles variés (A). Le droit positif français donne ainsi l’impression d’un contrôle effectif de ce principe. Cependant, en pratique, ce contrôle reste limité (B).

A- Des contrôles variés

479. Le contrôle de la proportionnalité des mesures de contrainte est assuré à la fois de manière automatique pendant leur exécution par les autorités titulaires de la contrainte elles-mêmes (1°) et sur requête (2°).

1°/ L’auto-contrôle des autorités titulaires

480. Les autorités titulaires du pouvoir de contrainte ont l’obligation de mettre fin à la mesure mise en œuvre dès que l’étendue de celle-ci n’apparaît plus proportionnée. Toutefois, la requalification des faits apparaît comme une limite à cette obligation.

481. L’obligation de mettre de fin à la mesure. Le législateur a déterminé des durées maximales pour l’ensemble des mesures de contrainte constituant des privations de la liberté d’aller et venir, à savoir la vérification d’identité, la garde à vue et la détention provisoire. Lorsque le législateur fixe de telles durées, la personne soumise à la mesure de contrainte doit automatiquement être libérée à l’issue de ces délais. De même, lorsqu’une définition qualitative vient s’ajouter à ces délais, dès que la mesure n’apparaît plus raisonnable ou nécessaire à la recherche de la vérité, elle doit prendre fin. A défaut, la personne est, en effet, détenue sans

aucun titre légal. La mesure apparaît alors parfaitement arbitraire, pouvant de ce fait permettre d'engager la responsabilité pénale de l'auteur de cette détention.

482. La question peut se poser de savoir quelles sont les autorités compétentes pour ordonner la fin de ces mesures. Seules les autorités ayant ordonné le recours à une mesure de contrainte, ou le procureur de la République dans l'hypothèse de la garde à vue et de la retenue douanière, peuvent interrompre les diverses mesures de contrainte.

Une exception peut, toutefois, être soulignée en matière de détention provisoire. En l'espèce, l'article 144-1 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que « le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités de l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 [c'est-à-dire l'article énumérant les motifs de la détention provisoire] et au présent article [c'est-à-dire la durée raisonnable de la détention] ne sont plus remplies ». La liberté étant la règle, le juge n'aura pas à motiver sa décision au regard de l'absence des conditions pouvant justifier une mesure de détention provisoire. L'article 144-1 ne mentionne expressément que le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention. Cependant, le législateur ayant par cet article souhaité mettre le droit français en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme, il semble que cette compétence appartienne à tout juge répressif français compétent pour statuer sur la détention provisoire¹. Ainsi, la chambre de l'instruction peut parfaitement ordonner d'office la mise en liberté de l'individu si elle estime que son maintien en détention excéderait un délai raisonnable, même en dehors des cas où le titre de détention est nul ou inexistant, ainsi qu'en dehors de toute saisine par son président ou l'intéressé en vertu de l'article 201 du Code de procédure pénale.

L'article 147 du Code de procédure pénale permettant la mise en liberté d'office assortie ou non du contrôle judiciaire, à l'inverse de l'article 144-1, ne vise que le juge d'instruction et non le juge des libertés et de la détention. Cela peut s'interpréter soit comme un « oubli » du législateur, soit, de manière plus certaine, comme une conséquence de l'organisation de l'intervention du juge des libertés et de la détention. En effet, il ne faut pas oublier que ce juge n'est saisi que par le juge d'instruction ou à la demande du mis en examen ou du procureur de la République. Il ne contrôle pas la procédure contrairement au juge de l'enquête italien². Par conséquent, il paraît délicat

¹ ROUJOU DE BOUBÉE (G.), note sous Cour d'assises de la Gironde 10 octobre 1997, A. Papon, *D.* 1998 p. 173.

² Cf. supra n°273.

d’imaginer un juge des libertés et de la détention ordonnant d’office, c’est-à-dire sans qu’il soit sollicité, une mise en liberté.

Au-delà de cette hypothèse, le juge des libertés et de la détention ne semble actuellement n’avoir aucun réel pouvoir d’ordonner d’office la main levée des différentes mesures de contrainte. Une telle possibilité renforcerait, pourtant, le contrôle de la proportionnalité de la contrainte et serait sans doute plus protectrice de la liberté individuelle. Il existerait ainsi une véritable séparation entre les pouvoirs d’enquête du juge d’instruction et les pouvoirs relatifs à la liberté individuelle. Cela irait dans la logique même de la création de ce juge. En effet, dans ce cas il contrôlerait véritablement les mesures relatives à la liberté de la personne au cours de l’instruction. Cela supposerait que le juge des libertés suive en permanence le déroulement de la procédure ce qui n’est pas le cas actuellement.

De plus, il est possible de se demander quel est le taux effectif de mises en liberté par exemple prononcées d’office au cours de l’instruction. A notre connaissance il n’existe pas de statistiques sur ce point. Dans son rapport, la commission désignée suite à l’affaire Outreau a souligné le rôle important des avocats concernant le contrôle de la détention provisoire. L’auto-contrôle de la proportionnalité de la détention provisoire ne serait-il pas encore entré réellement dans les mœurs judiciaires internes ?

483. Une limite à la mise en liberté : la requalification des faits. La requalification des faits au cours de la procédure pénale conduit à une dérogation à l’obligation de mettre fin à la contrainte.

Ainsi, la durée de la garde à vue est déterminée par la qualification donnée aux faits au moment de la décision de recourir à la mesure de contrainte. Par conséquent, même si la qualification s’avère erronée par la suite, la durée de la garde à vue ne peut être remise en cause de manière rétroactive. Des prolongations qui n’auraient pu être ordonnées selon la nouvelle qualification ne peuvent être sources de nullité¹. Se retrouve alors l’apparence sur laquelle se fonde l’action des autorités titulaires de la contrainte. Dès lors qu’au moment de l’exécution de la garde à vue il existe l’apparence objective d’une certaine infraction, la durée de la garde à vue sera déterminée en fonction de celle-ci.

De même, en matière de détention provisoire, le changement de qualification n’a d’effet qu’au jour de la notification de la nouvelle qualification et ne remet pas en cause la validité de la

¹ Crim. 5 décembre 1995, *Dr. Pén.* 1996 Chr. n°40 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.).

détention jusque là ordonnée. Plus précisément, en matière de détention provisoire en cas de modification de la qualification au cours de l'instruction, deux hypothèses sont à distinguer. Si la correctionnalisation des faits est une décision du juge d'instruction, en application de l'article 146 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction doit saisir le juge des libertés et de la détention pour qu'il examine la nécessité de maintenir la personne en détention. Cette solution est reprise par l'avant-projet de Code de procédure pénale, la requête étant simplement de la compétence du procureur de la République du fait de la suppression du juge d'instruction par ce projet. En revanche, si la correctionnalisation des faits résulte d'une modification législative, le juge d'instruction n'a pas à saisir le juge des libertés et de la détention. Le juge d'instruction va simplement devoir déterminer la nouvelle durée de la détention et les éventuelles prolongations envisageables. Le titre de détention initial continue à s'appliquer¹, sauf mise en liberté de la personne en raison de l'écoulement de la durée autorisée en application de la nouvelle qualification. Le nouveau délai court à compter de la date du mandat de dépôt initial². De même, si la qualification des faits s'aggrave au cours de la procédure, le titre de détention reste valable, mais à compter de la date de notification de la nouvelle qualification, ce sont les règles, et donc la durée, découlant de cette nouvelle qualification qui s'appliquent³.

2°/ Le contrôle requis

484. L'obligation de répondre à la demande de la personne contrainte. La Cour de cassation rappelle régulièrement aux juges du fond qu'ils doivent répondre aux mémoires leur demandant d'apprécier la durée d'une mesure de contrainte en particulier au regard de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que de l'article 144-1 du Code de procédure pénale⁴. De plus, elle s'assure que les juges du fond n'y ont pas répondu par des motifs insuffisants ou contradictoires. Par exemple, dans un arrêt du 22 juillet 1997, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé une décision rendue par une chambre d'accusation ayant estimé que « le rejet, par le magistrat instructeur, de la demande de mise en liberté présentée [devait] être confirmé, nonobstant la durée de la détention accomplie, justifiée par les difficultés rencontrées par ce dernier dans l'exécution de ses diligences, notamment l'identification des victimes décédées ». Selon la Cour de cassation « en se bornant à se référer, pour justifier la durée de la détention, à l'exécution d'une mesure d'expertise et en omettant de répondre aux articulations essentielles du mémoire dont elle était saisie, la chambre d'accusation a méconnu les

¹ Crim. 7 juin 2006, *Procédures* 2006 Comm. n°217 note BUISSON (J.).

² Crim. 29 octobre 1991, *Bull.* n°385, *Dr. Pén.* 1993 Chr. n°2 LESCLOUS (V.) et MARSAT (C.).

³ Crim. 9 janvier 1997, *Bull.* n°8.

⁴ Crim. 22 juillet 1997, *Bull.* n°277 (1^{er} arrêt), *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°162 note MARON (A.)

principes ci-dessus rappelés », à savoir l’appréciation de la durée raisonnable de la détention provisoire en vertu de l’article 144-1 du Code de procédure pénale¹.

Elle impose ainsi aux juges du fond un contrôle de la proportionnalité des mesures attentatoires à la liberté d’aller et venir. Il est possible de penser qu’elle leur imposera, à terme, le même type de contrôle à l’égard de l’ensemble des mesures de contrainte sur le fondement de l’article préliminaire du Code de procédure pénale. Toute mesure de contrainte, quelle que soit sa nature, doit prendre fin dès qu’elle n’apparaît plus proportionnée. A défaut, la protection de la liberté individuelle ne saurait être effective. D’ailleurs, alors qu’une Cour d’appel avait validé une perquisition ayant duré sans interruption trois jours au motif qu’elle avait débuté pendant les heures légales, la Cour de cassation a cassé cette décision². Pour certains, cette cassation implique qu’en la matière de telles perquisitions doivent s’interrompre la nuit³. Cela paraît étonnant au regard de l’efficacité de ces opérations. Aussi, est-il possible de se demander si la Cour de cassation n’a pas plutôt souhaité sanctionner la durée totale de l’opération et non poser un principe qui ne s’appliquerait alors qu’en la matière. La solution de la Cour de cassation semblerait ainsi inspirée par l’idée de proportionnalité de la mesure, bien que ce principe ne fût pas encore, lors de cette décision, rappelé par le Code de procédure pénale. Alors qu’un texte pose désormais la proportionnalité des mesures de contrainte comme un principe général de la procédure pénale, la Cour de cassation devrait être conduite à renforcer ses exigences en la matière.

485. Une nullité textuelle ou jurisprudentielle pour grief intrinsèque. Le caractère excessif des mesures de contrainte excédant les délais légaux ou dépassant leurs limites qualitatives, permet d’obtenir la nullité.

486. En vertu de l’article 78-3 du Code de procédure pénale, le non respect des règles encadrant la proportionnalité de la vérification d’identité est une cause de nullité textuelle. En dehors de cette hypothèse, aussi étonnant que cela puisse paraître, le législateur n’a pas prévu d’autres cas de nullité textuelle.

¹ Crim. 22 juillet 1997, *Bull.* n°277 (2^e arrêt), *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°162 note MARON (A.).

² Crim. 3 juillet 1979, *Bull.* n°238.

³ MERLIN-MOLLARD (N.), *La nuit en droit pénal*, Thèse Lyon III, 1997, n°99.

487. Aussi, la jurisprudence a-t-elle, là encore, pris le relais en sanctionnant le non respect des règles relatives à la proportionnalité par la nullité. Dans un souci de protection de la liberté individuelle, elle considère que le non respect de la proportionnalité de certaines mesures de contrainte constitue une cause de nullité pour grief intrinsèque. La personne soumise à cette mesure n'a ainsi pas à rapporter la preuve que cette violation lui a causé un préjudice contrairement au principe général applicable en matière de nullité. Ainsi, la Cour de cassation considère que le dépassement du délai de garde à vue prévu par le législateur cause automatiquement un préjudice à la personne gardée à vue. Pour la Cour, le dépassement du délai légal « constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée »¹. Le grief subi par la personne est, par conséquent, en quelque sorte présumé². Il est intrinsèque à l'acte.

488. Certes, depuis la loi du 24 août 1993³, la distinction entre nullité textuelle et nullité substantielles ne présente plus de réel intérêt, puisque désormais l'existence d'un grief est exigée dans les deux cas. Toutefois, dans un souci de clarté et de prévisibilité des solutions et afin de renforcer le contrôle de la proportionnalité des mesures de contrainte, il semble opportun que le législateur impose expressément le respect de la proportionnalité des mesures de contrainte à peine de nullité sans exigence d'un grief. Il s'agirait d'une nullité de plein droit que le juge ne pourrait avoir d'autre choix que de constater.

489. L'inexistence de l'acte. En matière de détention provisoire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est allée au-delà de la simple nullité. Elle a estimé que, si une décision de prolongation intervenait après l'expiration du premier délai, le titre était inexistant et la personne devait être libérée⁴. Véritable revirement de jurisprudence pour certains⁵, simple précision de la jurisprudence antérieure pour d'autres⁶, cet arrêt de la Cour de cassation a été salué comme étant la première consécration de la notion d'inexistence en procédure pénale. Ce faisant la Cour de

¹ Crim. 13 février 1996, *Bull.* n°74.

² Voir GUERRIN (M.), *Les irrégularités de procédure sanctionnées par la nullité dans la phase préalable au jugement pénal*, ANRT diffusion, 1999, p. 71 à 73 ; HENNION (P.), *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse Nice 1998, n°303.

³ Loi n°93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale

⁴ Crim. 4 janvier 1983, *JCP* 1984 II 20203 note CHAMBON (P.).

⁵ ADIDA-CANAC (H.), « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », *D.* 2009 p. 1288.

⁶ Voir CHAMBON (P.) obs. sous Crim. 4 janvier 1983, *JCP* 1984 II 20203.

cassation a repris à son compte une notion consacrée par le Conseil d’Etat en 1957¹. De manière similaire à notre affaire, la jurisprudence administrative a recours à cette notion pour constater l’irrégularité d’une décision qui ne peut plus faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir lorsqu’elle est saisie d’une décision ultérieure. La théorie de l’inexistence est apparue au XIXe siècle. Le Code de procédure pénale² ne la reconnaît pas. Il ne prévoit comme sanction d’une irrégularité de procédure que la nullité. Cet arrêt est, à notre connaissance, le seul exemple d’application de la théorie de l’inexistence en procédure pénale³. Elle peut être définie, selon le Vocabulaire Capitaine, comme « l’état de l’acte qui, n’ayant jamais pu se former, n’a même pas à être annulé ou dont la non-existence peut être reconnue même dans des cas où la nullité ne pourrait pas être reconnue ». Il est possible de distinguer l’inexistence matérielle, lorsqu’un acte n’a pas été accompli ou pris, et l’inexistence juridique. Cette dernière vise l’hypothèse où un acte a bien été accompli ou pris mais il existe une irrégularité particulièrement grossière. Ainsi, dans l’arrêt Rosan-Girard⁴, le Conseil d’Etat a estimé qu’une décision administrative prise en méconnaissance de la situation juridique de l’intéressé et en méconnaissances des textes était inexistante. Le même raisonnement peut être retenu dans l’arrêt précité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. En effet, une décision de prolongation de la détention provisoire prise alors que le délai initial est échu implique que le juge ait méconnu à la fois les textes et la situation juridique de l’intéressé, puisqu’il n’a pas pris en compte le fait que celui-ci n’était plus légalement détenu. Cette idée peut parfaitement être transposée à toute mesure de contrainte faisant l’objet d’une prolongation alors que sa proportionnalité ne peut plus être retenue. L’atteinte à la liberté individuelle paraît suffisamment grave pour que la décision de prolongation soit considérée comme inexistante. Ainsi, le titre de prolongation disparaît de lui-même. « L’acte inexistant est non avenu, frappé d’inefficacité absolue sans avoir besoin d’être annulé »⁵. L’atteinte à la liberté individuelle est telle que la fin de la mesure de contrainte ne doit être soumise à aucune condition.

¹ CE 31 mai 1957, A. Rosan-Girard, Rec. p. 355 ; WEIL (P.), « Une résurrection : la théorie de l’inexistence en droit administratif », *D.* 1958 p. 49 à 56. Dans le même sens CE 15 mai 1981, A. Philippe Maurice, *D.* 1982 p. 147 note BLONDEL (P.) et JULIEN-LAFERRIERE (F.).

² Au même titre que le Code de procédure civile.

³ Pour plus de détails sur l’histoire et l’application actuelle de la théorie de l’inexistence voir ADIDA-CANAC (H.), « Actualité de l’inexistence des actes juridiques », *Rapport annuel de la Cour de cassation 2004*. Voir également SEGUR (L.), « L’inexistence en procédure civile », *JCP* 1968 I 2129 ; RIAS (N.), « La sanction de l’erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l’inexistence », *RRJ* 2009 p. 1251 à 1273 ; MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l’acte juridique*, IRJS Editions, 2009, n°276 à 365.

⁴ CE 31 mai 1957, A. Rosan-Girard, Rec. p. 355.

⁵ BEAUCHARD (J.), « Nullité des actes de procédure », *Juris-Classeur Procédure civile*, Fasc. 136.

490. La reconnaissance de l'inexistence à côté de la nullité pourrait avoir un intérêt pratique en ce que la sanction de l'irrégularité ne serait alors pas soumise au régime des nullités. Ainsi, l'existence d'un grief n'en est pas une condition. Certes, la jurisprudence estime régulièrement que le grief est intrinsèque¹. La reconnaissance de l'inexistence permettrait d'éviter aux juridictions de faire une interprétation non réellement stricte des textes et de renforcer la protection de la liberté individuelle. De plus, les délais de recours et la purge des nullités à certains moments clés de la procédure ne pourraient être opposés à l'inexistence. Les délais laissés aux titulaires des voies de recours pour agir étant relativement courts, cela renforcerait la protection de la liberté individuelle. En effet, l'inexistence n'est soumise à aucun délai de prescription². Cette décision est extrêmement protectrice des droits et libertés des individus, certains ayant même qualifié l'inexistence de « technique de secours pour protéger la liberté individuelle »³. Cependant, cette notion est d'application délicate en raison de l'impossibilité de la définir avec précision⁴, l'irrégularité entachant l'acte devant être suffisamment grave pour que le juge puisse le faire disparaître en outrepassant les pouvoirs que lui confère le législateur en la matière. Cette gravité ne peut être appréciée qu'au cas par cas. Certains auteurs ont proposé de définir l'acte inexistant en procédure pénale comme « l'acte manifestement illégal portant directement atteinte à la liberté individuelle » prenant ainsi en compte la finalité que lui a attribuée la Cour de cassation⁵. La Cour de cassation limite toutefois le champ d'application de cette notion en exigeant que la juridiction soit valablement saisie. Cela implique, par conséquent, qu'un recours soit introduit de manière régulière à l'encontre d'une décision ultérieure constituant la suite de cet acte inexistant. L'inexistence, comme en droit administratif ou en droit civil, constitue dès lors un « palliatif » de l'insuffisance des nullités pour reprendre l'expression de Monsieur Segur⁶. De plus, la formulation de cette décision ne semble pas limiter l'inexistence à la seule détention provisoire. Cette « technique de secours » pourrait dès lors parfaitement être utilisée pour sanctionner les atteintes manifestes à l'encadrement des mesures de contrainte quelles qu'elles soient.

B- Un contrôle de portée limitée

¹ Cf. supra n°485 et s.

² Crim. 4 janvier 1983, *Bull.* n°3, *D.* 1983 p. 562 note ROGER (M.), *JCP* 1984 II 20203 obs. CHAMBON (P.).

³ Voir ROGER (M.) note sous Crim. 4 janvier 1983, *D.* 1983 p. 562.

⁴ SEGUR (L.), « L'inexistence en procédure civile », préc..

⁵ Voir ROGER (M.) note sous Crim. 4 janvier 1983, *D.* 1983 p. 562.

⁶ SEGUR (L.), « L'inexistence en procédure civile », préc..

491. Le contrôle de la proportionnalité des mesures de contrainte, en particulier effectué par la Cour de cassation, a, aujourd’hui encore, en droit interne, une portée restreinte (1°). Toutefois, une certaine évolution peut être constatée sur ce point (2°).

1°/ Une position stricte de la Cour de cassation

492. Généralement, la Cour de cassation considère que la proportionnalité est une question de fait, laissant ce contrôle aux juges du fond. Toutefois, il arrive parfois qu’elle refuse tout pouvoir de contrôle à ceux-ci.

493. Le refus de tout contrôle. Dans un arrêt du 7 juillet 2000¹, la Chambre mixte de la Cour de cassation a été saisie d’une décision de Cour d’appel ayant prononcé la nullité de la procédure au motif qu’une garde à vue « avait été d’une durée excessive, aucun acte n’ayant été diligenté par la police entre l’audition de l’intéressé, le 18 février 1998, quelques heures après le placement en garde à vue et la levée de cette mesure, effectuée le lendemain à onze heures quarante, juste avant l’expiration du délai légal de vingt-six heures et immédiatement après la notification de l’arrêté de reconduite à la frontière et de placement en rétention administrative ». La Chambre mixte de la Cour de cassation a considéré « qu’en statuant ainsi, alors que la garde à vue, décidée sur le fondement de l’article 63, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale, n’avait pas dépassé le délai légal de vingt-six heures, l’ordonnance attaquée a violé ce texte ». Dans cette affaire, la personne, interpellée en flagrant délit, avait été placée en garde à vue le 18 février à 11h45, puis entendue de 16h00 à 16h50. La notification de sa reconduite à la frontière avait eu lieu le lendemain à 11h35 et la garde à vue s’était achevée à 11h40. Toutefois, aucun acte n’avait été accompli entre le 18 février 16h50 et le 19 février 11h35, la véritable identité et la situation irrégulière de la personne ayant été établies au cours de cette audition. La Cour d’appel avait, semble-t-il, souhaité sanctionner le maintien d’une personne en garde à vue sans que des actes de recherche de la vérité ne soient accomplis, soulignant ainsi que la contrainte doit être proportionnée à cette recherche et ayant déterminé une durée qualitative de cette mesure. La Cour de cassation a clairement refusé de s’attacher à un tel contrôle. Pour elle, le fait que le

¹ Cass. Ch. Mixte 7 juillet 2000, *Bull.* n°257, *RSC* 2001 p. 189 note GUIDICELLI (A.), *Procédures* 2001 Comm. n°17 note BUISSON (J.), *JCP* 2000 II 10418 obs. de l’avocat général à la Cour de cassation GUERIN (O.). Voir également BUISSON (J.), « La GAV dans la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2001 p. 25 à 41.

placement en garde à vue soit nécessaire suffit, peu importe la proportionnalité réelle de la mesure dès lors que les délais quantitatifs fixés par le législateur ont été respectés. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme n'a, jusque là, jamais sanctionné une garde à vue n'ayant pas excédé les délais légaux dès lors que les autres impératifs de l'article 5 étaient respectés. De plus, il est possible d'objecter que la Cour de cassation n'avait pas été saisie sur le fondement de l'article préliminaire qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2001 et que, de ce fait, au moment où elle a statué le Code de procédure pénale n'imposait pas que la garde à vue soit limitée au temps strictement nécessaire à l'enquête. Toutefois, il ne semble pas que la Cour soit revenue sur sa position depuis l'entrée en vigueur de l'article préliminaire. En effet, lors d'une affaire jugée le 17 mars 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation était saisie de la question de la durée raisonnable de deux gardes à vue successives sur le fondement de l'article 5§3 de la Convention européenne et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Elle a, cependant, rendu sa décision uniquement au visa de l'article 5§3¹. Il serait souhaitable que la Cour de cassation utilise l'ensemble des garanties mises en place sur ce point par le législateur et ce d'autant plus que la question de la proportionnalité est le plus souvent laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

494. Une simple question de fait. La Cour de cassation refuse, régulièrement, de procéder elle-même à un contrôle de la proportionnalité réelle de la mesure. En effet, elle considère le plus souvent qu'il s'agit d'une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, dans un arrêt du 2 septembre 1997, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'une chambre d'accusation qui « pour répondre au mémoire invoquant une violation des dispositions conventionnelles susvisées [l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme] » avait énoncé que « la durée de la procédure n'a pas excédé un délai raisonnable, dès lors que l'information a concerné plusieurs « faits de grand banditisme, commis en différents lieux et intéressant à l'origine des juges d'instruction de trois cours d'appels différentes », et qu'au cours de l'instruction, les sept personnes mises en examen ont exercé de nombreux recours », a justifié sa décision « tant au regard de l'article 144-1 du Code de procédure pénale que de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme » et que ces motifs procèdent de « son

¹ Crim. 17 mars 2004, *Bull.* n°69, *AJ pén.* 2004 p. 248 note COSTE (J.), *Dr. Pén.* 2004 Comm. n°96 note MARON (A.), *RJC* 2005 p. 378 Chr. BUISSON (J.); PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°26.

appréciation souveraine »¹. Dans l’affaire Lamarque de 1986 la Cour de cassation avait même qualifié cette question de « question de fait échappant à son contrôle »².

495. Pour autant, dans un certain nombre de décisions, la Cour de cassation semble avoir admis un certain contrôle sur les décisions des juridictions du fond. Ainsi, dans un arrêt de 1988, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que « en l’état d’un arrêt qui ordonne le maintien en détention provisoire d’un inculpé impliqué dans un important trafic international de cocaïne, au motif que la détention – durant déjà depuis deux ans – ne présente pas de caractère déraisonnable en raison de l’ampleur du trafic, du nombre de personnes impliquées et des investigations internationales en cours, et que sa prolongation est indispensable pour empêcher l’inculpé de se soustraire aux poursuites dont il est l’objet et pour prévenir le renouvellement de l’infraction, la Cour de cassation est en mesure de s’assurer que, d’une part, la chambre d’accusation a ordonné le maintien en détention en se référant aux éléments de l’espèce et en visant certains des cas limitativement énumérés par l’article 144 du Code de procédure pénale et que, d’autre part, il résulte des explications fournies, quant à la durée de la procédure, que la durée de la détention elle-même n’excède pas un délai raisonnable »³. Cependant, elle se limite à un contrôle purement formel de la décision de la cour d’appel. Elle se contente de contrôler que « l’appréciation à laquelle se sont livrés les juges du fond pouvait effectivement découler des faits par eux constatés ou *a fortiori* qu’ils n’étaient pas en contradiction avec eux »⁴.

2°/ Une évolution en devenir

496. Cette absence de contrôle de la réalité des arguments invoqués par les décisions des juges du fond pour justifier la proportionnalité des mesures de contrainte, peut s’expliquer par le fait qu’en tant que juge du droit la Cour de cassation n’a pas à procéder à une appréciation des circonstances factuelles, ce à quoi conduit nécessairement un contrôle de la proportionnalité des mesures de contrainte. Une telle position est, cependant, regrettable dans l’optique d’une

¹ Crim. 2 septembre 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°162 note mARON (A.). Voir également Crim. 17 septembre 1997, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°163 note MARON (A.).

² Crim. 6 mars 1986, A. Lamarque, *Bull.* n°94, *D.* 1986 p. 315 note MAYER (D.), PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°33.

³ Crim. 12 décembre 1988, *D.* 1989 IR p. 26.

⁴ FROUIN (J.Y.), « L’élaboration d’un arrêt, La construction formelle et intellectuelle d’un arrêt », *LPA* 25 janvier 2007 n° 19 p. 15.

protection effective de la liberté individuelle¹. Cela peut d'autant plus être regretté que le législateur, en introduisant l'article préliminaire du Code de procédure pénale, a renforcé le principe de proportionnalité. Désormais, toute mesure de contrainte est soumise à ce dernier principe. La Cour de cassation pourrait, ainsi, étendre son contrôle sur ce point en considérant qu'il ne s'agit pas d'une question de fait, mais d'une véritable question de légalité de la mesure. D'ailleurs, dans sa décision du 4 décembre 2007², la Chambre criminelle de la Cour de cassation a renforcé son contrôle de la proportionnalité en rappelant qu'une perquisition, effectuée dans des locaux de presse, était fondée sur des « dispositions légales accessibles et prévisibles », puis en expliquant les raisons pour lesquelles elle était, en l'occurrence, nécessaire et proportionnée. Toutefois, il convient de souligner qu'elle se fonde uniquement sur les exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. A notre connaissance, jusqu'à présent, lorsqu'elle est saisie de la question de la proportionnalité d'une mesure de contrainte sur le fondement de l'article préliminaire, la Chambre criminelle reprend sa motivation classique selon laquelle, par exemple, « les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en état de s'assurer que, la Cour d'appel, qui a souverainement apprécié le bien-fondé du maintien des obligations du contrôle judiciaire au regard des impératifs de la sûreté publique, a justifié sa décision »³. Le raisonnement de la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 décembre 2007 ne serait-il qu'un raisonnement d'espèce lié à la protection du droit à l'information et non un raisonnement tendant à renforcer le respect de la liberté individuelle de manière plus générale ? Si tel est le cas, cela ne peut qu'être regretté. Certes, dans un arrêt, d'ailleurs inédit, du 7 novembre 2006, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie de la question de la proportionnalité de la durée du maintien d'un contrôle judiciaire sur le fondement de l'article préliminaire, semble avoir procédé à un contrôle assez proche de celui effectué dans l'arrêt du 4 décembre 2007. En effet, elle ne s'est pas contentée d'un simple contrôle formel de la motivation des juges du fond. Elle a estimé « qu'en l'état de ces énonciations, dès lors que l'interdiction faite à la personne mise en examen de communiquer avec les associés de l'étude notariale où elle exerce est liée à celle d'exercer la profession de notaire, elle-même nécessitée par le risque de renouvellement de l'infraction, la cour d'appel, qui a répondu, comme elle le devait, aux articulations essentielles du

¹ Voir notamment BOULOC (B.), « Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RSC* 1989 p. 69 à 77.

² Crim. 4 décembre 2007, *Procédures* 2008 Comm. n°59 note BUISSON (J.). Dans cette décision, la Cour de cassation a également renforcé son contrôle de la nécessité des mesures de contrainte. Cf. supra n°397.

³ Crim. 30 septembre 2008, pourvoi n°08-81433, inédit.

mémoire dont elle était saisie, a justifié sa décision »¹. Cependant, il s’agit du seul arrêt, à notre connaissance, dans lequel elle a renforcé son contrôle. Tous ses autres arrêts ultérieurs reviennent à la formulation classique soulignant un simple contrôle formel. Dans un souci d’assurer l’effectivité du respect de la liberté individuelle, il conviendrait que la Cour de cassation tire toutes les conséquences de l’article préliminaire.

497. Conclusion. La protection de la liberté individuelle et de l’ordre public supposent que l’étendue de la mesure soit parfaitement adaptée aux faits pour éviter soit une contrainte excessive au regard des faits et des difficultés de la recherche de la vérité, soit une contrainte trop restreinte paralysant cette recherche. Dans un premier temps, le législateur a opté pour une définition quantitative de la proportionnalité des mesures de contrainte les plus graves. Une telle définition ne laisse aucun choix aux autorités titulaires du pouvoir de contrainte. Elles ne disposent d’aucune marge d’appréciation. Une telle définition est un exemple du pouvoir lié au sens strict. Progressivement, à cette définition quantitative s’est ajoutée une définition qualitative faisant appel aux standards. Celle-ci octroie une certaine marge d’appréciation aux autorités titulaires du pouvoir de contrainte. Toutefois, il ne s’agit que d’une définition complémentaire à la définition quantitative. De plus, la mise en place d’une liste des critères d’appréciation de la proportionnalité qualitative et de divers contrôles, même s’ils sont encore défailants, encadre strictement cette marge d’appréciation. Dès lors, les autorités titulaires de la contrainte n’ont pas, s’agissant de la proportionnalité de ces mesures, un pouvoir discrétionnaire mais bien une compétence liée. Les autorités n’ont pas de réelle liberté de choix. Elles n’ont en la matière qu’un simple pouvoir d’appréciation classique². L’encadrement de ce pouvoir lié des autorités titulaires des mesures de contrainte doit toutefois être amélioré sur de nombreux points afin d’assurer l’effectivité de la proportionnalité de ces mesures et, par conséquent, du respect de la liberté individuelle.

¹ Crim. 7 novembre 2006, pourvoi n°06-86427, inédit.

² Le droit administratif semble récemment être revenu à une définition stricte de la compétence liée refusant désormais tout pouvoir d’appréciation aux autorités. Voir T.A. Montpellier 17 mars 2009, Rapport DE MONTE (P.), *AJDA* 2009 p. 1439 à 1443.

Partie I – L’encadrement moderne : l’effectivité de la liberté individuelle

Titre II – Une contrainte raisonnable Ch.2 - Une contrainte proportionnée

Conclusion du Titre II

498. La protection effective de la liberté individuelle et l'efficacité de la recherche de la vérité supposent que la nécessité de recourir à une mesure de contrainte et la proportionnalité de celle-ci soient appréciées *in concreto*. Une telle appréciation permet d'éviter toute contrainte injustifiée ou excessive, mais aussi de ne pas paralyser la recherche de la vérité par une appréciation trop restrictive de la possibilité de mettre en œuvre la contrainte probatoire.

499. Le droit français est caractérisé par une évolution quasi opposée de ces deux conditions fondamentales de la mise en œuvre de la contrainte probatoire.

En effet, s'agissant de la nécessité de recourir à ces mesures, le droit français est caractérisé par une évolution tendant à un encadrement légal de cette appréciation. Alors qu'à l'origine les autorités titulaires des mesures de contrainte disposaient d'une large marge d'appréciation, celle-ci se réduit peu à peu. Elle est de plus en plus encadrée, contrôlée.

A l'inverse, alors que pendant longtemps le droit français était caractérisé par une appréciation légale, fixe et abstraite de la proportionnalité des mesures de contrainte, le législateur imposant sa propre appréciation aux autorités titulaires, désormais le droit français, sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'oriente vers une appréciation casuistique de cette proportionnalité par les autorités titulaires du pouvoir de contrainte. Cependant, là encore il ne s'agit que d'une marge en ce sens que si cette appréciation est de plus en plus libre, elle reste strictement encadrée par le législateur et s'effectue sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

500. Dans un cas comme dans l'autre, de nombreuses améliorations pourraient encore être apportées au droit français afin d'assurer pleinement l'effectivité du respect de la liberté individuelle, les failles de l'encadrement légal et judiciaire en la matière pouvant permettre aux autorités titulaires du pouvoir de contrainte de s'attribuer une liberté d'appréciation trop large.

Conclusion de la Partie I

501. Légalité, légitimité, nécessité et proportionnalité des mesures de contrainte probatoire apparaissent comme des conditions de l’effectivité du respect de la liberté individuelle résultant de la Déclaration des droits de l’homme en 1789. S’il devait être rédigé aujourd’hui, l’article 9 pourrait être le suivant : « La liberté étant le principe, s’il est nécessaire de lui porter atteinte, toute contrainte créée légitimement par la loi et qui ne serait pas proportionnée devra être sanctionnée par la loi et l’autorité judiciaire ». Cependant, bien qu’il s’agisse d’encadrements de ce fait classique des mesures de contrainte et malgré une évolution positive du droit français ces trois dernières décennies, aujourd’hui encore certaines modifications restent souhaitables.

502. Ces quatre principes ne constituent plus les seuls encadrements des mesures de contrainte. En effet, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, le respect de la liberté individuelle n’est plus la seule finalité de cet encadrement. Désormais, le respect des droits de l’homme vient renforcer celui-ci.

Partie II
L’encadrement contemporain:
L’effectivité des droits de l’être humain

503. La Déclaration des droits de l'homme avait pour objectif premier de mettre en place une nouvelle Société respectueuse de la liberté individuelle. A ce titre, en matière pénale, ses auteurs avaient pour volonté de limiter les prérogatives de la puissance publique. Après la Seconde guerre mondiale et ses atrocités, la conception des droits de l'homme a évolué. Les textes internationaux adoptés à la fin de la Seconde guerre mondiale ont imposé le respect de la valeur particulière que représente l'humanité. Désormais, il ne s'agit plus seulement de protéger l'individu contre l'arbitraire et les excès de l'Etat, il convient également d'assurer le respect de ses prérogatives en tant que membre de l'humanité.

Si les textes internationaux ont réaffirmé les corollaires de la liberté individuelle, confirmant la pérennité de l'encadrement classique, ils ont également reconnu de nouveaux droits à l'être humain devant être respectés par tous, autorité publique ou simple particulier. Ainsi, ils ont affirmé la valeur fondamentale de la dignité de l'être humain tout en reconnaissant à celui-ci des droits en matière procédurale. Comme tout être humain, l'homme contraint est titulaire de ces nouveaux droits. Alors que l'effectivité de la liberté individuelle imposait de soumettre la contrainte à certaines conditions, tant au stade de sa création que lors de sa mise en œuvre, l'effectivité des droits de l'être humain conduit à une adaptation de la contrainte. Toutefois, le contexte de la contrainte probatoire va entraîner une redéfinition de ces droits.

L'étude de la contrainte probatoire conduit à s'intéresser plus particulièrement au droit à une procédure équitable (Titre I). En outre, la dignité connaît, aujourd'hui, des développements dépassant la lettre des textes et intéressant directement la contrainte probatoire (Titre II).

Partie II – L’encadrement contemporain : l’effectivité des droits de l’être humain

Titre I – Le droit à une procédure équitable

Titre I

Le droit à une procédure équitable

Partie II – L’encadrement contemporain : l’effectivité des droits de l’être humain

Titre I – Le droit à une procédure équitable

504. La procédure pénale française mise en place par le Code de procédure pénale de 1959 était définie comme une procédure mixte à tendance accusatoire lors de la phase de jugement et à tendance inquisitoire lors de la phase préalable à celui-ci. L'absence de droits de la défense, corollaires d'une procédure équitable, est l'une des caractéristiques principales de la procédure inquisitoire.

Toutefois, sous l'influence des textes internationaux postérieurs à la Seconde guerre mondiale, ces droits, pendant longtemps réservés à la phase de jugement, sont venus encadrer la phase préparatoire. Les exigences de la procédure équitable se manifestent tant lors de la mise en œuvre de la contrainte probatoire que lors de sa contestation.

Si ces garanties concernent toute personne suspectée, la mise en œuvre d'une mesure de contrainte va en compliquer l'effectivité. L'individu contraint dispose, comme toute personne poursuivie, d'un droit à un procès équitable à l'issue duquel il sera statué sur sa responsabilité pénale (Ch. 1). En outre, le contentieux relatif aux mesures de contrainte est, lui aussi, soumis aux exigences de la procédure équitable (Ch. 2).

Partie II – L’encadrement contemporain : l’effectivité des droits de l’être humain

Titre I – Le droit à une procédure équitable Ch.1 – Un procès équitable

Ch1- Un procès équitable

505. Le principe d'un procès équitable implique le respect des garanties procédurales d'une bonne justice. Ce principe a un certain nombre de corollaires. Les droits de la défense, caractéristique fondamentale du procès équitable, ont été reconnus par la pratique au stade du jugement dès l'Ancien Régime¹ et confirmés par le Code d'instruction criminelle. *A contrario*, la phase préalable restait marquée par l'inquisitoire. L'enquête de police et l'instruction sont extrêmement importantes dans le processus pénal. En effet, permettant de préparer le dossier soumis à la juridiction de jugement, elles commandent toute la suite donnée à l'affaire. La reconnaissance du droit de préparer sa défense à cette étape apparaît dès lors primordiale. Aujourd'hui, il est reconnu comme un principe fondamental d'une Société démocratique que toute personne mise en cause puisse préparer sa défense dès la phase préparatoire du procès pénal². Toutefois, la reconnaissance en droit interne des droits de la défense lors de cette phase est longue et difficile. En effet, la question de cette reconnaissance est indissociable de la problématique relative à la place de l'aveu dans le procès pénal (I). D'ailleurs, les droits de la défense sont encore aujourd'hui en pleine expansion lors de la phase préalable de la procédure pénale, la loi du 14 avril 2011³ constituant en l'occurrence une étape fondamentale (II).

Section I- Les droits de la défense et l'aveu : des problématiques indissociables

¹ Pour plus de précisions voir ASTAING (A.), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVIe – XVIIIe siècle)* Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française, PUAM, 1999, 491 pages.

² Voir article 6 de la CESDH, article 14 du Pacte de New York et articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

506. La reconnaissance des droits de la défense au stade de la phase préalable de la procédure pénale a été difficilement acquise en raison de l’importance accordée à l’aveu (§1). Cette préoccupation de la conciliation entre droits de la défense et recherche de l’aveu apparaît comme le fondement des premières manifestations des droits de la défense en droit positif (§2).

§1- La difficile reconnaissance des droits de la
défense

507. La mise en œuvre de la contrainte probatoire constitue un contexte défavorable à la reconnaissance des droits de la défense (A). Aussi, l’octroi de ceux-ci à toute personne soumise à une mesure de contrainte est-il la dernière étape de la lente reconnaissance de ces droits en procédure pénale française (B).

*A- La contrainte contexte défavorable aux droits de la
défense*

508. L’aveu garde encore aujourd’hui une place privilégiée parmi les preuves recueillies au cours d’une procédure pénale (1°). Les mesures de contrainte sont un moment privilégié pour obtenir cet aveu (2°).

1°/ L’aveu : une preuve privilégiée

509. Bien qu’il ne soit plus la reine des preuves, l’aveu a aujourd’hui encore une place importante dans le processus pénal.

510. L'ancienne reine des preuves¹. Sous la République Romaine, la procédure étant plutôt de type accusatoire, l'aveu n'était absolument pas recherché. Au contraire, il semble que le comportement recommandé à un accusé était de ne pas reconnaître les fautes qui lui étaient reprochées. L'aveu n'avait ainsi aucune valeur probatoire. Sous l'Empire Romain, avec le christianisme, l'aveu est devenu fondamental. En effet, selon cette religion, la confession seule permettait d'obtenir le pardon. De même, seul l'aveu permettait la réintégration dans le corps social. A alors été mise en place une procédure de type inquisitorial dont le but était d'obtenir l'aveu. Initialement réservée à quelques infractions, cette procédure a, peu à peu, été étendue².

Avec l'effondrement de l'Empire Romain et le développement des lois barbares, les preuves rationnelles qu'étaient le témoignage et l'aveu ont progressivement été remplacées par les ordalies. Selon les lois barbares, l'accusé devait démontrer son innocence. A l'époque Franque, si l'accusé reconnaissait immédiatement les faits, son aveu entraînait sa condamnation. En revanche, en cas de dénégation, le juge avait recours aux témoignages, en particulier au serment solennel soit par les témoins requis par l'accusé ou les agents royaux, soit par l'accusé lui-même. Ce mode de preuve était très incertain puisque la partie adverse pouvait à son tour prêter un serment contraire. Le juge, se trouvant face à deux affirmations contradictoires et de même force, devait alors recourir à une preuve plus décisive. Il s'agissait des ordalies³. Elles consistaient à soumettre l'accusé ou les deux parties, ou leurs champions, à des épreuves physiques⁴ et à observer sur le corps leurs effets. Le résultat constaté était considéré comme le jugement de Dieu et permettaient de déterminer si la personne avait ou non fait un faux serment.

Après l'an mil, le pouvoir judiciaire s'est peu à peu émietté. Il a été partagé entre le Roi, les châtelains et les grands ecclésiastiques. La procédure était principalement accusatoire. Cependant, les ordalies ont persisté dès lors que les juges ne pouvaient pas se déterminer en fonction des seules preuves rapportées. Le duel judiciaire⁵ a été de plus en plus fréquemment utilisé et devint, du Xème au XIIème siècle, l'ordalie la plus répandue malgré les condamnations répétées de l'Eglise.

¹ Sur l'ensemble de ce point voir notamment BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 22^e édition, 2010, n°63 à 71 ; GILLIERON (C.), « L'évolution de la preuve pénale », *Rev. Pén. Suisse* 1946 p. 197 à 208.

² La procédure inquisitoire était réservée aux procès de lèse-majesté. Peu à peu, le domaine de celle-ci s'est étendu, incluant aussi bien le faux, la fausse monnaie, la magie, le refus de sacrifier aux statues de l'Empereur, que l'empoisonnement, l'homicide ou l'adultère.

³ BOULOC (B.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°63.

⁴ Telles que l'épreuve du fer chaud ou de l'eau bouillante.

⁵ Au cours de ce duel, l'accusateur et l'accusé, ou leurs champions, s'affrontaient. Le vainqueur remportait le procès.

511. Au XII^{ème} siècle, avec la redécouverte des manuscrits des Compilations de Justinien et le développement de l’enseignement du droit romain, les critiques concernant cette procédure se développèrent. Le procès pénal se rationalisa et les ordalies disparurent peu à peu.

Influencée par le Digeste, la doctrine du XII^e siècle estimait que la personne poursuivie devait être présumée innocente. Dès lors, la preuve de sa culpabilité devait être apportée par l’accusation et, surtout, être certaine. En conséquence, également influencée par l’Eglise catholique, la doctrine élaborait la théorie des preuves légales. Selon celle-ci, en dehors du délit flagrant, seules les preuves dites pleines permettaient la condamnation. Ces preuves pleines étaient l’aveu¹ et, à défaut, les témoignages concordants de deux personnes prêtant serment. En cas de preuve « semi-pleine »², l’accusé ne pouvait être condamné. Pour autant, pour être entièrement mis hors de cause, l’accusé devait se soumettre à un serment purgatoire prêté avec l’aide de cojureurs³.

Cette théorie s’est peu à peu étendue à toute la France. En effet, face à la multiplication des mouvements et groupes remettant en cause l’autorité du Pape, le Concile de Tours institua, en 1163, devant les juridictions ecclésiastiques une procédure d’enquête exceptionnelle s’inspirant de cette théorie. De type inquisitorial, elle fut complétée, par la suite, par les différents papes dans un sens toujours plus répressif. Son but était d’obtenir l’aveu de son hérésie par l’accusé, une peine étant fixée dès cet aveu. L’aveu était considéré comme *l’ultima ratio*, la seule preuve permettant d’approcher la vérité objective. Les juges recherchaient la vérité la plus absolue, la plus objective possible. Aussi, l’individu interrogé devait-il prêter serment. S’il refusait de le faire, après trois monitions⁴, il était considéré comme ayant avoué et pleinement coupable⁵. Du fait de l’influence grandissante de l’Eglise auprès du Roi de France, cette procédure exceptionnelle s’est ensuite développée devant les juridictions laïques, seigneuriales et royales⁶. Aussi les anciens modes de preuves qu’étaient les ordalies et le serment purgatoire vont progressivement disparaître devant toutes les juridictions. Seul le duel judiciaire a persisté jusqu’à la fin du XIV^{ème} siècle.

¹ L’aveu pouvait être soit explicite devant les juges et enregistré par un greffier soit implicite, c’est-à-dire découlant de la fuite de la personne suspectée, dès lors qu’il était corroboré par des indices suffisants.

² Par exemple en cas de fuite non corroborée par des indices suffisants ou d’un seul témoignage.

³ Voir notamment LEVY (J.P.), « Les classifications des preuves dans l’histoire du droit », *in* sous la direction de PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), *La preuve en droit*, Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1981, p. 26 à 58.

⁴ Ou avertissement.

⁵ Cette volonté d’obtenir l’aveu de la part des juridictions religieuses était le reflet de l’importance accordée à la confession par l’Eglise. En effet, en 1215, le Concile du Latran IV a imposé la confession annuelle à tous les fidèles.

⁶ CHIFFOTEAU (J.), « Avouer l’inavouable : l’aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen-Age », *in* sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, coll. Droit et justice, 2001, p. 57 à 97 ; GIRARD (C.), *Culpabilité et silence en droit comparé*, L’Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, en particulier p. 28 à 41.

L'ordonnance criminelle de 1670 a légalisé la théorie des preuves légales¹. Selon cette ordonnance, seuls deux témoignages concordants et l'aveu réitéré permettaient la condamnation. L'aveu devient alors la « reine des preuves ». Cette recherche systématique de l'aveu a encouragé le recours à la torture². Aussi, les critiques à l'encontre de cette procédure se sont développées.

512. Après la Révolution, avec l'adoption de l'intime conviction, l'aveu a acquis une place similaire à celle des autres preuves. Aujourd'hui encore, l'article 428 du Code de procédure pénale dispose que « l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges ».

513. Une preuve actuellement importante. Aujourd'hui, l'aveu n'est en théorie plus la reine des preuves, mais une preuve parmi d'autres. Cependant, en pratique, l'aveu conserve une place importante.

514. Dans certains cas, l'aveu semble être la seule preuve possible. Aussi, une valeur fondamentale lui est-elle encore reconnue malgré l'apparition et le développement d'un certain nombre de preuves scientifiques réputées plus fiables. Certains auteurs soulignent, d'ailleurs, que le développement de ces moyens de preuve s'est accompagné de leur médiatisation. En conséquence, des moyens permettant de laisser le moins de traces possible se sont développés mettant en échec les preuves scientifiques³. De plus, certaines infractions, par leur nature ou le contexte dans lequel elles sont commises, rendent nécessaire l'aveu de leurs auteurs pour permettre une condamnation. Ainsi, en matière de tentative, parfois seul l'aveu de l'auteur va permettre d'opter entre deux qualifications⁴. De même, comment ne pas constater l'utilité, et même le caractère indispensable, de l'aveu dans les hypothèses d'atteintes sexuelles ou de violences sur mineurs, en particulier lorsque les faits se déroulent dans le cadre familial, le juge devant bien souvent trancher entre les déclarations des mineurs victimes et celles des majeurs suspectés ? Enfin, dans certains cas, l'aveu va jouer un rôle déterminant en permettant de

¹ A partir des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, il est possible de relever une volonté de codification, notamment de la procédure judiciaire, afin d'unifier les règles en vigueur sur l'ensemble du territoire et ainsi renforcer le pouvoir royal. A ce titre, à l'initiative de Colbert, l'Ordonnance criminelle de 1670 peut être qualifiée de première codification de toutes les dispositions légales et des usages alors en vigueur en matière pénale en France. Sur ce point voir CARTUYVELS (Y.), *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^{ème} siècle*, Presses de l'Université de Montréal, Les presses de l'Université d'Ottawa et De Boeck Université, coll. Perspectives criminologiques, 1996, p. 6.

² Cf. infra n°742 et s..

³ Notamment ARCAUTE-DESCAZEAUX (M.J.), *L'aveu Essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, Thèse Toulouse I, 1998, n°179.

⁴ *Ibid.* n°183 ; Crim. 23 juillet 1969, *D.* 1970 p. 361 note ROUJOU DE BOUBEE (G.) ; Fort-de-France 22 septembre 1967, *JCP* 1968 II 15583 note BISWANG (P.G.), *RSC* 1969 p. 130 Chr. LEGAL (A.) ; Trib. Enfants Nanterre 6 juillet 1971, *RSC* 1972 p. 100 Chr. LEGAL (A.).

découvrir d’autres preuves qui emporteront la conviction du juge, telle que l’identification des co-auteurs ou des complices¹.

515. Si le caractère indispensable de l’aveu ne se manifeste que dans certaines situations particulières, dans tous les cas, il semble qu’il apparaisse comme la seule preuve rassurante pour les autorités chargées de la recherche de la vérité. En 1947, Gorphe écrivait que « l’aveu serait objet de fascination, aurait quelque chose de magique, il capterait la quête d’intelligibilité en résolvant d’un coup toutes les perplexités, il entraînerait une soumission instinctive, irrationnelle, non critique, il disqualifierait toutes les preuves à décharge... »². Selon lui, l’aveu restait une preuve essentielle, la preuve « la plus complète et la plus sûre »³. Plus récemment, Monsieur Bouloc soulignait qu’en l’absence d’observation des faits directement par les personnes chargées de la constatation des infractions, l’aveu des personnes ayant participé directement aux faits semble le plus sûr moyen d’établir la vérité⁴. L’aveu prend ainsi en quelque sorte le relais du flagrant délit⁵. Qu’il soit implicite ou expresse, verbal ou non, par son apparence de certitude, de vérité, l’aveu va ainsi rassurer le juge et les policiers et conduire à un arrêt des investigations, ou tout au moins à une réduction du délai de la procédure. Si, par la suite, l’aveu s’avère contraire à la vérité, il y aura alors en quelque sorte un partage de responsabilité sur le plan moral quant à l’erreur commise entre le juge et la personne ayant faussement avoué⁶.

D’ailleurs, l’aveu ne fait pas que rassurer les magistrats et les policiers. Il rassure également l’opinion publique. L’annonce de l’aveu à l’opinion publique aurait pour effet de clore l’affaire, ou du moins de diminuer son intérêt pour celle-ci. L’avouant ayant admis sa culpabilité, l’opinion publique serait convaincue d’avoir trouvé une réponse à la nécessité de déterminer l’auteur d’une infraction et de le sanctionner rapidement⁷. « En valorisant l’aveu au sein du processus pénitentiel, l’Eglise a irrémédiablement marqué l’histoire des mentalités en Occident, même si

¹ ARCAUTE-DESCAZEUX (M.J.), *L’aveu*, *op. cit.*, n°185.

² Sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu comme fait juridique et comme phénomène moral*, Rapport final d’une étude réalisée dans le cadre du programme de recherche interdisciplinaire « problèmes de la description et pratiques de la preuve », Mission de recherche droit et justice, 1999, p. 19.

³ GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 45.

⁴ BOULOC (B.), in sous la direction de BOULOC (B.), DE BECO (R.) et LEGROS (P.), *Le droit au silence et la détention provisoire Actes de la journée d’étude du 18 septembre 1996 organisé à Paris par les Instituts des droits de l’homme des barreaux de Paris et de Bruxelles*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1997, p. 29 à 42. Voir dans le même sens DANET (J.), « Le nouvel alinéa de l’article préliminaire du Code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pén.* 2011 p. 331 à 334.

⁵ DULONG (R.), « Présentation », in sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu Histoire, sociologie, philosophie*, *op. cit.*, p. 10 et 11 ainsi que p. 19 et 20. Voir aussi SUSINI (J.), « L’aveu : sa portée clinique », *RSC* 1972 p. 677 à 684.

⁶ ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence*, Thèse Rabat 1971, n°284 à 290.

⁷ DULONG (R.) et MARANDIN (J.M.), « Analyse des dimensions constitutives de l’aveu en réponse à une accusation », in sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu Histoire, sociologie, philosophie*, *op. cit.*, p. 135 à 179 ; sous la responsabilité de DULONG (R.), *L’aveu comme fait juridique et comme phénomène moral*, *op. cit.*, p. 16.

d'autres facteurs, tels que culturels, ethniques, sociologiques, ainsi que la personnalité propre à chaque sujet avouant, doivent être pris en compte pour expliquer la compulsion d'aveu¹. Foucault, estimait que l'aveu, quel que soit son contexte, crée une sorte de soumission de la personne qui avoue à celui qui interroge. Une sorte d'adhésion apparaît, le plus souvent, dans l'attente d'une contrepartie, telle que le pardon². D'ailleurs, encore aujourd'hui, les procédures basées sur la reconnaissance de la culpabilité ne sont-elles pas l'illustration même de cette idée selon laquelle la personne approuve l'accusation en échange d'un certain pardon, d'une certaine protection ? L'aveu constitue, dès lors, toujours une étape clé de la procédure.

516. Dans les années 1950, certains auteurs se sont demandés s'il n'existait pas un certain retour au système de la preuve légale³. Selon eux, dès lors que l'accusation aurait obtenu un aveu, les juges se sentiraient, en quelque sorte, liés par celui-ci⁴. Si une telle affirmation doit être nuancée, il n'en reste pas moins que l'aveu est toujours une étape clé de la procédure. A ce titre, il est possible de relever certaines décisions dans lesquelles la Chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît expressément l'influence de l'aveu sur la suite de la procédure et sur la décision finale. Ainsi, dans un arrêt du 3 juillet 1920, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que « l'aveu du prévenu, en matière de détention et de vente d'absinthe, dispense de recourir à une expertise sur la nature du liquide saisi »⁵, soulignant de ce fait l'allègement procédural qu'entraînait l'aveu. De plus, la même Chambre a reconnu que l'aveu pouvait servir de seul fondement à une décision de condamnation⁶, et a même cassé des décisions prononçant la relaxe alors qu'était expressément constaté l'aveu de la personne poursuivie et que n'étaient pas expliquées les raisons pour lesquelles cette preuve était écartée⁷. Certes, il s'agit de décisions anciennes rendues sur le fondement du Code d'instruction criminelle. En outre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 11 août 1980, rejeté un pourvoi invoquant le fait que, la personne mise en cause ayant avoué, il était inutile de poursuivre l'enquête de flagrance. La Cour de cassation estime, en effet, que malgré l'aveu les actes d'enquête qui ont suivi étaient nécessaires et justifiés et que l'aveu ne faisait pas obstacle à la continuation de

¹ ARCAUTE-DESCAZEUX (M.J.), *L'aveu*, *op. cit.*, n°114.

² FOUCAULT (M.), *Histoire de la sexualité Tome 1 la volonté de savoir*, Gallimard, coll. Tel, 2004, p.78 à 84.

³ GILLIERON (C.), « L'évolution de la preuve pénale », *préc.*. Cet article est relativement ancien et est fondé sur une analyse du système suisse. Cependant, ses arguments peuvent sur ce point être transposés à la procédure pénale française actuelle même si la conclusion doit être prise avec précaution.

⁴ LAMBERT (L.), *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, éd. Desvigne, 3^{ème} édition, 1952, p. 703.

⁵ Crim. 3 juillet 1920, *Gaz. Pal.* 1920 2 p. 468 à 469.

⁶ Notamment Crim. 23 septembre 1837, *S.* 1839 I 803 ; Crim. 29 juin 1848, *S.* 1848 I 745.

⁷ Crim. 29 juillet 1858, *Bull.* n°219 ; Crim. 9 juillet 1887, *Bull.* n°269.

la procédure¹. Cependant, il ne faut pas en déduire que pour la Cour de cassation l’aveu aurait une valeur probante moindre sous l’empire du Code de procédure pénale que sous le Code d’instruction criminelle et ne permettrait plus d’alléger le travail des services chargés de la recherche de la vérité. En effet, l’article 428 du Code de procédure pénale dispose que « l’aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges ». En fait, il semble que l’arrêt de 1980 doive plutôt être compris comme soulignant la nécessité de vérifier l’aveu afin de garantir la qualité de celui-ci. D’ailleurs, à la fin des années 1990, l’étude d’un certain nombre de réquisitoires définitifs a permis de remarquer que les aveux sont « thématiques comme événements marquants de l’enquête » alors que souvent l’absence d’aveu, ou l’impossibilité de qualifier une déclaration d’aveu, est soulignée comme constituant un obstacle à la recherche de la preuve².

517. Avec l’adoption de l’intime conviction, l’aveu n’est plus l’étape ultime de la recherche de la vérité. Il est un événement qui va, en quelque sorte, « relancer » cette recherche. Même s’il est un élément déterminant, l’aveu en lui-même ne suffit pas à établir une preuve d’une qualité suffisante pour convaincre le juge. Aussi magistrats ou policiers doivent-ils rechercher la réitération de l’aveu par la signature du procès-verbal de comparution ou d’interrogatoire, et sa corroboration par d’autres preuves³. L’aveu est « soumis à des épreuves de vérité et non pas garant de vérité »⁴. Certes, le juge étant entièrement libre quant à l’appréciation des preuves, la jurisprudence admet qu’une condamnation ne soit fondée que sur un aveu même non circonstancié⁵. Toutefois, la libre appréciation de l’aveu par le juge peut conduire celui-ci à ne retenir qu’une partie de l’aveu dès lors que seule celle-ci est corroborée, l’aveu en matière pénale étant divisible contrairement à l’aveu soumis au juge civil⁶.

Lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 4 janvier 1993 un amendement, prévoyant que l’aveu recueilli au cours d’une garde à vue n’aurait de valeur probante qu’en cas de réitération

¹ Crim. 11 août 1980, *Bull.* n°234.

² MACCHI (O.), « Le fait d’avouer comme récit et comme événement dans l’enquête criminelle », in sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu Histoire, sociologie, philosophie, op. cit.*, p. 181 à 220 . Pour plus de détails sur cette étude voir sous la responsabilité de DULONG (R.), *L’aveu comme fait juridique et comme phénomène moral, op. cit.*, p. 30 à 32 en particulier.

³ Crim. 16 juin 1981, *Bull.* n°207, *JCP* 1982 II 19838 obs. CHAMBON (P.). Sur ce point voir ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence, op. cit.*, n°293 ; GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique, op. cit.*, p. 442 à 445 ; GORPHE (F.), « La méthode générale d’examen critique des preuves », *RSC* 1947 p. 69 à 79 ; GORPHE (F.), « Variétés et difficultés dans l’appréciation des indices », *RSC* 1938 p. 215 à 241. Pour une proposition tendant à la reconnaissance d’un droit à la corroboration des preuves voir PEREIRA (B.), *L’amélioration des droits du mis en examen*, ANRT, Thèse à la carte, 2002, n°372 à 392.

⁴ MACCHI (O.), « Le fait d’avouer comme récit et comme événement dans l’enquête criminelle », in sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu, Histoire, sociologie, philosophie, op. cit.*, p. 181 à 220.

⁵ Crim. 27 septembre 1837, *S.* 1839 I 803 ; Crim. 29 juin 1848, *S.* 1848 I 745.

⁶ La Cour de cassation a reconnu pour la première fois la divisibilité de l’aveu en matière pénale dans un arrêt du 3 février 1934, *S.* 1935 I p145, confirmant une première décision du 18 juillet 1891.

devant un magistrat ou de confirmation par d'autres éléments de preuve, a été déposé. Il a été écarté au motif que cela reviendrait à redonner à l'aveu une force probante particulière¹. Cet amendement avait pourtant le mérite de donner une base légale à la pratique. Il est possible de penser que le législateur l'a rejeté par crainte d'un retour des dérives dont l'aveu a été la source par le passé. Toutefois, cette proposition avait également le mérite d'exiger la corroboration de l'aveu. Elle pouvait, ainsi, *a contrario*, être analysée comme une protection contre une valeur probante trop importante de l'aveu ainsi que contre les excès d'une recherche systématique de celui-ci. Il est peut être regrettable que le législateur ait rejeté aussi rapidement cette proposition.

2°/ La contrainte : le moment privilégié de l'aveu

518. La garde à vue et la détention provisoire sont des moments privilégiés d'obtention de l'aveu. En effet, alors que la détention provisoire constitue bien souvent, en quelque sorte, le « dernier essai » pour obtenir l'aveu, la garde à vue constitue aujourd'hui une étape fondamentale de sa recherche.

519. La garde à vue : une étape fondamentale. Dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a estimé qu'aujourd'hui la garde à vue est devenue banale et que bien souvent le dossier soumis aux juridictions de jugement n'est composé que des éléments recueillis au cours des interrogatoires de garde à vue, notamment de l'aveu. La garde à vue « a pour objet l'audition de la personne retenue à la disposition d'un officier de police judiciaire »². Le placement en garde à vue, par l'interrogatoire qu'il permet, est un moment privilégié de l'enquête permettant l'obtention de l'aveu. Certes, l'aveu devant aujourd'hui être corroboré, « croire que la garde à vue a pour objet de recueillir des aveux en exerçant une pression psychologique sur la personne retenue est dépassé »³. Toutefois, l'aveu conserve une place importante au cours de l'interrogatoire⁴. La corroboration nécessaire de l'aveu va simplement constituer un élément déterminant de la stratégie adoptée par les services de police, notamment quant au moment de la mise en œuvre de la garde à vue et au comportement adopté pendant l'interrogatoire. « Le policier doit agir comme

¹ Rapport PEZET (M.), Assemblée Nationale, n°2932 du 2 octobre 1992 p. 97.

² Crim. 11 juillet 1994, *Bull.* n°273.

³ VLAMYNCK (H.), « Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations », *AJ pén.* 2004 p. 269.

⁴ SUSINI (J.), « L'aveu : sa portée clinique », *RSC* 1972 p. 677 à 684 ; ESSAID (M.J.), *La présomption d'innocence, op. cit.*, n°283.

s’il n’avait pas besoin d’interroger son suspect pour apporter la preuve ou les preuves déterminantes. Il doit avoir préalablement réuni tous ces éléments d’enquête avant d’interpeller et de placer en garde à vue le suspect, phase qui doit intervenir en dernier. Dans la conduite des interrogatoires, il ne doit pas se dévoiler tout de suite, « tirer ses cartouches » mais laisser venir la personne. Il doit avancer progressivement ses pions pour éventuellement la mettre en contradiction »¹. D’ailleurs, cette place déterminante de l’aveu au cours de l’interrogatoire de garde à vue a régulièrement été invoqué par les réfractaires à la consécration de l’intervention de l’avocat en garde à vue.

520. La détention provisoire : un « dernier essai ». Dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 novembre 1972², parmi les motifs du maintien en détention provisoire décidé par les juges du fond peuvent être relevés les termes « attendu que les faits sont déniés par l’inculpé ». Madame Arcaute-Descazeaux, se fondant toujours sur l’analyse des arrêts rendus par la Chambre d’accusation de Pau entre 1984 et 1993, souligne que les décisions de placement ou de maintien en détention provisoire sont toujours motivées par d’autres arguments que les motifs de l’article 144 du Code de procédure pénale en particulier « nie à plusieurs reprises », « nie malgré un faisceau d’indices », « nie, déclarations fantaisistes, mensonges », « refuse de donner le nom des complices », ou encore « aveux partiels ». L’absence d’aveu viendrait ainsi renforcer la motivation de la décision. Madame Arcaute-Descazeaux rappelle également que des magistrats n’hésitent pas à reconnaître devant les journalistes que la détention provisoire sert de « pression » permettant d’obtenir l’aveu de la personne mise en cause³. De même, en 1995, Monsieur Bouloc déclarait qu’ « il nous a été rapporté qu’un magistrat du Tribunal de grande instance de Paris aurait placé une personne en détention au motif qu’ayant refusé de s’expliquer elle n’avait donné aucune précision permettant d’identifier la personne pour le compte de laquelle elle avait agi »⁴. Par ailleurs, il semblerait que dans certains cas la détention provisoire soit ordonnée en raison du silence de la personne mise en cause. Certes, ces remarques sont anciennes. Toutefois, cela montre bien que malgré l’adoption de l’intime conviction et de l’article 428 du Code de procédure pénale, une certaine importance est toujours accordée à l’obtention de l’aveu. Celle-ci semble toujours au cœur de la mise en œuvre de la contrainte.

¹ VLAMYNCK (H.), « Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations », *AJ pén.* 2004 p. 269.

² Crim. 28 novembre 1972, *Bull.* n°359.

³ ARCAUTE-DESCAZEUX (M.J.), *L’aveu, op. cit.*, n°285 et 294 à 306.

⁴ BOULOC (B.), « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », *D.* 1995 Chr. p. 315 et 316.

521. Du fait de l'importance attachée à la recherche de la vérité l'applicabilité des droits de la défense à la phase préalable du procès pénal a longtemps été discutée.

B- La contrainte dernière étape de la reconnaissance des droits de la défense

522. Alors qu'en droit international la reconnaissance des droits de la défense au stade préparatoire n'a posé aucune difficulté et a, dès l'origine, fait l'objet de dispositions spéciales (1°), le législateur français a longtemps été très réticent, procédant à une construction lente en la matière (2°).

1°/ Une reconnaissance originaire en droit international

523. Le droit onusien. L'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 rappelle que « toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées ». Par l'emploi de la notion de « procès public », cet article semble limiter les droits de la défense à la phase de jugement. En revanche, l'article 14 du Pacte de New York du 16 décembre 1966 précise que « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes [...] à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix ». Par sa formulation, cet article du Pacte de New York implique une reconnaissance des droits de la défense tout au long de la procédure, y compris lors de la phase de l'enquête et de l'instruction, dès lors qu'une accusation a été formulée.

524. Le droit européen. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme énumère les différents droits de la défense. Cependant, les termes de cet article semblent restreindre le champ d'application de ce droit à l'audience devant un tribunal. Malgré cela, dans l'affaire Imbrioscia contre Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que « certes, l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation. Il n'en résulte pas qu'il se

désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. D’autres exigences de l’article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »¹. L’interrogatoire par les services de police constitue, sans aucun doute, un acte d’une grande importance dans le processus conduisant à un procès et risque de compromettre le caractère équitable de celui-ci². Implicitement la Cour européenne des droits de l’homme semble, ainsi, admettre l’application des droits de la défense dès la phase policière.

525. L’article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne reprend une formulation proche de celle de l’article 14 du Pacte de New York. Selon cette disposition, « le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé ». Ce texte ne limite ainsi pas les droits de la défense à la phase de jugement. La seule condition est que la personne soit accusée. Il est toutefois possible de considérer que la charte ne fait pas référence à une accusation au sens formel du droit interne. Le simple fait qu’une participation à une infraction soit reprochée à une personne sans qu’une certitude ne soit nécessaire semble suffire. Une personne placée en garde à vue par exemple pourrait ainsi se voir reconnaître des droits de la défense aux termes de l’article 48 de la Charte.

2°/ Une construction lente en droit interne

526. La reconnaissance des droits de la défense au stade préparatoire de la procédure pénale a fait l’objet de débats récurrents avant d’être consacrés expressément.

527. Des débats récurrents. Si la pratique autorisait l’assistance d’un avocat au stade du jugement, la procédure pénale inquisitoire de l’Ancien Régime imposait un secret absolu lors de la phase préparatoire y compris à l’égard du mis en cause. Cela empêchait l’individu poursuivi d’avoir accès aux éléments réunis contre lui et, dès lors, de préparer sa défense. En réaction à ce secret total, les Cahiers des Etats généraux de 1789 revendiquaient un certain nombre de

¹ CEDH 24 novembre 1993, Imbrioscia contre Suisse, Requête n° 13972/88, §36.

² *Ibid.*; LE GALL (J.P.), « A quel moment le contradictoire ? Une application de la convention européenne des droits de l’homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, Actes du colloque du 22 mars 1996*, Bruylant, 1996, p. 55 à 68.

prérogatives permettant la préparation de la défense, telles que l'assistance d'un avocat tout au long de la procédure ou la possibilité d'être informé de la procédure¹.

528. Les droits de la défense sont souvent présentés comme une conséquence de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Pourtant, celle-ci ne les reconnaît pas expressément. La seule disposition concernant réellement l'organisation de la procédure pénale est l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme qui rappelle la présomption d'innocence. En réalité, les droits de la défense résultent du décret des 8 et 9 octobre 1789 adopté par la Constituante. Il énonce que l'un des principaux droits de l'homme est « celui de jouir, lorsqu'il est soumis à l'épreuve d'une poursuite criminelle, de toute l'étendue de liberté et de sûreté pour sa défense ». A ce titre, ce décret autorise l'assistance d'un avocat à tous les actes de la procédure et la possibilité pour celui-ci de consulter le dossier à tout moment.

529. Le compromis établi par le Code d'instruction criminelle a entraîné un net recul des droits de la défense. Le caractère inquisitorial de l'Ancien Régime se retrouvait au stade de la phase préalable au jugement qui était secrète et écrite. Le droit à l'avocat en était exclu. Ce code ne prévoyait aucune prérogative liée à la préparation de la défense avant le renvoi devant la juridiction de jugement.

530. A la fin du XIXe siècle, le caractère inquisitoire de l'instruction a, peu à peu, été battu en brèche en raison du caractère juridictionnel reconnu à certains actes du juge d'instruction et à la qualité de magistrat de ce dernier. Première étape de la reconnaissance des droits de la défense lors de la phase préalable au jugement, la loi du 8 décembre 1897 permettait l'assistance d'un avocat au cours des interrogatoires par le juge d'instruction. Craignant que l'intervention de l'avocat ne vienne porter atteinte à l'efficacité de la recherche de la vérité, en particulier à l'obtention de l'aveu, la pratique a, en réaction, mis en place l'enquête officieuse et la garde à vue, légalisées par le Code de procédure pénale de 1959. Les droits de la défense en restaient exclus. Cela a conduit certains auteurs à qualifier l'enquête de police, et plus particulièrement l'enquête préliminaire, de « camps retranché de la procédure inquisitoriale »².

¹ ASTAING (A.), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVIe – XVIIIe siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, PUAM, 1999 ; CARBASSE (J.M.), *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. Droit fondamental, 1990, n°188.

² GAGNOUD (P.), *L'enquête préliminaire et les droits de la défense*, ANRT, Thèse à la carte, 2002, n°128.

531. Une consécration expresse. En 1981, Le Conseil constitutionnel a qualifié les droits de la défense de principe fondamental issu des lois de la République régissant l’instruction sans indiquer de fondement textuel¹. En 1995, l’Assemblée plénière de la Cour de cassation a, à son tour, estimé que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention »². Encore une fois, les droits de la défense étaient limités à la phase de jugement.

Toutefois, l’importance croissante de l’enquête policière dans le processus pénal³, et l’influence de la Convention européenne des droits de l’homme ont conduit à reconnaître la nécessité de mettre en place un statut protecteur des personnes suspectées dès cette phase. La décision du Conseil constitutionnel relative à la loi du 24 août 1993 semble reconnaître un droit à l’assistance de l’avocat en garde à vue. Le Conseil n’indique, cependant, toujours pas de fondement⁴. Un fondement textuel n’est apparu que dernièrement. En effet, dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel estime que le respect des droits de la défense au stade de l’enquête et de l’instruction découle de l’article 16 de la Déclaration des droits de l’homme⁵. Ce dernier dispose que « toute Société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution ». Le lien entre l’article 16 et les droits de la défense apparaît dès lors extrêmement ténu. Le Conseil semble ainsi avoir souhaité renforcer la valeur constitutionnelle des droits de la défense en excluant tout risque de critique tiré du gouvernement des juges. Ainsi, au fil du temps, par une interprétation extensive de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, les droits de la défense ont acquis une valeur constitutionnelle et ont été étendus à la phase préalable au jugement sur le modèle européen.

532. Le législateur interne a, à son tour, reconnu les droits de la défense au stade de la phase préparatoire. Les prémisses de cette reconnaissance sont largement antérieures à la reconnaissance internationale et constitutionnelle puisqu’elles résultent de la loi de 1897. Toutefois, ce n’est qu’à partir de 1993 que les droits de la défense ont été consacrés au stade de

¹ Cons. Const. Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, consid. n°52.

² Ass. Plén. 30 juin 1995, *Bull.* n°4.

³ De moins en moins d’affaires sont, en effet, soumises à l’instruction.

⁴ Cons. Const. Décision n°93-326 DC du 11 août 1993 Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁵ Cons. Const. Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010. Voir notamment *RSC* 2011 p. 165 Chr. DE LAMY (B.) ; *D.* 2010 p. 2254 obs. PRADEL (J.).

l'enquête. Sur le modèle de la loi de 1897, le législateur a, dans un premier temps, introduit les droits de la défense de manière ponctuelle ? particulièrement dans le cadre de la garde à vue. La loi du 15 juin 2000¹ semble marquer un tournant important en la matière puisqu'elle introduit dans le Code de procédure pénale un article préliminaire disposant notamment que « toute personne suspectée ou poursuivie [...] a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ». Par l'expression « personne suspectée », l'article préliminaire renvoie à la phase préalable au jugement pénal. L'ensemble des mesures de contrainte semblent dès lors visées. Toutefois, les droits de la défense sont réduits au seul droit à être informé des charges et d'être assisté d'un défenseur.

533. Cette énumération réduite des droits de la défense par l'article préliminaire est d'autant plus étonnante qu'elle ne fait aucune référence aux premières manifestations des droits de la défense en droit interne qui tendaient à protéger l'individu contre l'aveu forcé.

§2- Les premières manifestations des droits de la défense

534. La conciliation entre droits de la défense et recherche de l'aveu ayant été mise en exergue de manière récurrente, les premières manifestations des droits de la défense au stade de la phase préalable au jugement pénal ont tendu à reconnaître à l'individu contraint un droit à la liberté de l'aveu (A). Cette préoccupation de la liberté de l'aveu a conduit le droit positif français à mettre en place des mécanismes protégeant l'individu contraint contre l'aveu forcé (B).

A- Le droit à la liberté de l'aveu

¹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

535. L’individu contraint s’est vu reconnaître le droit de ne pas s’auto-incriminer (1°) puis, plus récemment, un droit au silence (2°).

1°/ Le droit de ne pas s’auto-incriminer

536. Le droit de ne pas s’auto-incriminer est le premier droit de la défense dont le respect a été assuré au stade de la phase préparatoire. En effet, il a été progressivement reconnu, tant au niveau interne qu’au niveau européen, dès le début du XXe siècle. Le droit de ne pas s’auto-incriminer n’est pas un droit naturel de l’homme selon certains¹. Il s’agit d’un droit construit par la jurisprudence à partir de la notion de procès équitable et de la protection de la présomption d’innocence.

537. En droit interne. Le serment de la personne mise en cause remontait, en droit français, à l’ordonnance de 1670 qui s’était expressément inspirée des législations étrangères, en particulier anglaise. L’imposition de ce serment avait fait l’objet de nombreux débats au cours des travaux préparatoires. Critiquée par de nombreux auteurs au XVIIIème siècle², cette institution, ainsi que le fait que l’individu resté silencieux malgré trois monitions soit considéré comme ayant avoué, furent supprimés dès la Révolution³. Depuis, la jurisprudence française⁴ a clairement choisi de ne pas placer la personne mise en cause au cours d’un procès pénal dans une situation délicate l’obligeant à choisir entre dire la vérité en raison du serment et mentir et, dans ce cas, encourir les sanctions pénales prévues pour le faux témoignage. Certes, en raison de la présomption d’innocence, il est possible de penser dans un premier temps, que la personne suspectée qui

¹ « L’homme a un droit naturel à la justice. Il ne saurait s’en passer, car elle consiste, dans sa forme essentielle, à assurer à chacun son dû. L’injustice nous révolte, la justice nous rend la sérénité, car elle est la sécurité dans la cité. [...] Ce serait naturellement mal que de choisir librement d’égarer l’œuvre de la justice plutôt que de l’aider. Ce n’est donc pas dans sa nature que le prévenu puise le droit de ne pas répondre selon la voix de sa conscience au juge qui l’interroge [...] ». CHARLES (R.), « Le droit au silence de l’inculpé », *RIDP* 1953 p. 129 à 148.

² Beccaria lui-même estimait que « c’est mettre en contradiction les lois avec les sentiments naturels que d’exiger d’un accusé le serment de dire la vérité, alors qu’il a tout intérêt à ne pas la dire. [...] L’inutilité des serments est démontrée par l’expérience : n’importe quel juge peut m’être témoin qu’aucun serment n’a jamais fait dire la vérité à un coupable ». Voir BECCARIA, *Des délits et des peines*, §XVIII. Voir également PATARIN (J.), « Particularisme de la théorie de la preuve en droit pénal », in *De quelques aspects de l’autonomie du droit pénal*, Librairie Dalloz, 1956, p. 7 à 76, n°36.

³ Décret des 8 et 9 octobre 1789. Voir pour un bref historique du serment et ses critiques ASTAING (A.), *Droits et garanties de l’accusé dans le procès criminel d’Ancien Régime (XVIème – XVIIIème siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, op. cit., n°392 à 415.

⁴ Notamment Crim. 21 août 1879, *D.P.* 1880 1 p. 89. Voir ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence*, op. cit., n°396.

souhaite faire une déclaration doit être entendue sous serment comme n'importe quel témoin¹ comme c'est le cas, notamment, aux Etats-Unis ou en Angleterre. Cependant, en raison des soupçons qui pèsent sur elle, la personne mise en cause ne peut être considérée comme un simple témoin dans sa propre affaire². Lui imposer de prêter serment pourrait constituer une entrave à ses droits de la défense. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, d'ailleurs, elle-même souligné que l'audition sous serment et l'inculpation tardive ne pouvaient qu'avoir pour « résultat d'éluider les garanties instituées par la loi dans l'intérêt des droits de la défense » et que de ce fait la nullité devait être prononcée³. En ce sens, la loi du 4 janvier 1993⁴ a supprimé l'obligation de déposer qui était prévue par l'article 62 du Code de procédure pénale⁵.

538. Toutefois, une difficulté d'interprétation s'est posée dans l'hypothèse d'une personne placée en garde à vue sur commission rogatoire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mai 2002 a retenu que « contrairement à ce qui est soutenu au moyen, il résulte des dispositions combinées des articles 105, 113-1, 153 et 154 du Code de procédure pénale, qui ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qu'une personne placée en garde à vue sur commission rogatoire du juge d'instruction est entendue par l'officier de police judiciaire après avoir prêté le serment prévu par la loi, dès lors qu'il n'existe pas à son encontre des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ou qu'elle n'est pas nommément visée par un réquisitoire introductif »⁶. Afin de mettre fin à cette interprétation, manifestement contraire au droit de pas s'auto-incriminer, la loi du 9 mars 2004⁷ a précisé, à l'article 153 du Code de procédure pénale, que l'obligation de prêter serment ne s'applique pas à une personne placée en garde à vue même dans le cadre d'une commission rogatoire. De même, en vertu de l'article 113-7 du Code de procédure pénale, la personne bénéficiant du statut de témoin assisté, qui par définition a été mise en cause au cours de la procédure, ne prête pas serment. Le droit français semble, ainsi, reconnaître un droit de ne pas s'auto-incriminer.

¹ ESSAID (M.J.), *La présomption d'innocence*, *op. cit.*, n°299.

² GORPHE (F.), *L'appréciation des preuves en justice Essai d'une méthode technique*, *op. cit.*, p. 152 et 153.

³ Crim. 16 juin 1955, *JCP* 1955 II 8851 obs. VOUIN (R.).

⁴ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁵ VOLO (P.), « Le silencieux droit au silence », *LPA* 19 juillet 1993 p. 17 et 18.

⁶ Crim. 14 mai 2002, *Bull.* n°111.

⁷ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

539. En droit européen. La Convention européenne des droits de l’homme ne comprend pas de disposition similaire à l’article 14 §3 g du Pacte de New-York qui consacre le droit à ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s’avouer coupable. Toutefois, la Cour européenne des droits de l’homme a progressivement développé le droit de ne pas s’auto-incriminer à partir des droits au procès équitable et de la présomption d’innocence. Ainsi, dans l’arrêt *Funke contre France* du 25 février 1993 la Cour, faisant référence à l’affaire *Orkem*¹ ainsi qu’au Pacte de New York, a estimé que l’article 6, c’est-à-dire le droit à un procès équitable, reconnaît le « droit pour tout accusé au sens autonome que [cet article] attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination »². La Commission européenne a, quant à elle, dans son rapport relatif à l’affaire *Saunders contre Royaume-Uni*, considéré que « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination qui constitue un élément important de la protection des individus contre de fortes pressions et la coercition, est lié au principe de la présomption d’innocence et doit s’appliquer également à tous les types d’accusés »³. Finalement, le droit de ne pas s’auto-incriminer a été consacré par l’arrêt *Murray contre Royaume-Uni* du 8 février 1996⁴, puis confirmé par les arrêts *Condron contre Royaume-Uni* du 2 mai 2000 et *Heaney et Mac Guinness contre Irlande* du 21 décembre 2000. La Cour européenne des droits de l’homme reconnaît ainsi, par une interprétation évolutive de la Convention, le droit de ne pas s’auto-incriminer. Alors que dans les arrêts *Murray* et *Heaney*, la Cour européenne des droits de l’homme retient à la fois une violation de l’article 6§1 et de l’article 6§2, dans l’affaire *Condron*, elle se fonde uniquement sur l’article 6§1 et n’étudie pas les moyens tirés des §2 et 3 du même article. Le droit de ne pas s’auto-incriminer découle ainsi du procès équitable. Ce n’est qu’exceptionnellement que la Cour considère que son non-respect porte atteinte à la présomption d’innocence. En fait, ce n’est que lorsque le silence est le seul fondement de la condamnation d’une personne qu’une violation de cette dernière est retenue⁵. D’ailleurs, dans l’arrêt *Brusco* du 14 octobre 2010, la Cour européenne des droits de l’homme a rappelé que « le droit de ne pas

¹ Dans cette affaire, la Cour de justice des communautés européenne a reconnu le droit de ne pas s’auto-incriminer. CJCE 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission*, Aff. 374/87.

² CEDH 25 février 1993, *Funke contre France*, Requête n° 10828/84, §44. Dans cette affaire, les douanes avaient provoqué la condamnation d’une personne afin d’obtenir de celle-ci la remise de certaines pièces constituant des preuves de sa culpabilité.

³ CEDH 17 décembre 1996, *Saunders contre Royaume-Uni*, Requête n° 19187/91, §65.

⁴ CEDH 8 février 1996, *John Murray contre Royaume-Uni*, Requête n° 18731/91, §45, 47 et 50. Voir LAMBERT (P.) *in* sous la direction de BOULOC (B.), DE BECO (R.) et LEGROS (P.), *Le droit au silence et la détention provisoire*, *op. cit.*, p. 9 à 11.

⁵ CEDH 2 mai 2000, *Condron contre Royaume-Uni*, Requête n° 35718/97, *JDI* 2001 p. 177 et 178 obs. BACHELET (O.) ; CEDH 21 décembre 2000, *Heaney et McGuinness contre Irlande*, Requête n° 34720/97 ; COSTA (J.P.), « Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Gaz. Pal.* 2002 p. 4 à 7.

contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable »¹.

540. Le droit européen à ne pas s'auto-incriminer a surtout pour conséquence « l'élimination de toute forme de contrainte pouvant amener une personne à faire des déclarations »². Ce droit ne s'oppose pas à l'aveu mais implique que celui-ci soit libre et non forcé³. A l'occasion de l'affaire Saunders contre Royaume-Uni, la Cour européenne des droits de l'homme retient que « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé »⁴. Le droit de ne pas s'auto-incriminer, par définition, ne fait pas obstacle aux aveux de la personne mise en cause mais implique que ceux-ci soient libres.

La reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer s'est accompagnée de celle du droit au silence.

2°/ Le droit au silence

541. Le droit au silence est, selon la Cour suprême des Etats-Unis, un corollaire du droit de ne pas s'auto-incriminer⁵. En la matière, les évolutions du droit français rappellent les expériences étrangères, en particulier l'expérience anglaise, malgré certains décalages dans le temps.

¹ CEDH 14 octobre 2010, Brusco contre France, Requête n° 1466/07, §44.

² BOULOC (B.), *in* sous la direction de BOULOC (B.), DE BECO (R.) et LEGROS (P.), *Le droit au silence et la détention provisoire*, *op. cit.*, p. 29 à 42.

³ PETTTI (L.E.), « Introduction », *in* Sous la direction de BOULOC (B.), DE BECO (R.) et LEGROS (P.), *Le droit au silence et la détention provisoire*, *op. cit.*, p. 7 à 8. BLONDET (M.), « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958 I 1419.

⁴ CEDH 17 décembre 1996, Saunders contre Royaume-Uni, Requête n° 19187/91, §65 et 68.

⁵ En 1936, dans l'affaire Brown v. Mississippi, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé que des aveux obtenus de manière forcée constituaient une atteinte au *due process of law* garanti par le 14^{ème} amendement et devaient, de ce fait, être écartés comme preuve. Si à l'origine elle écartait les aveux en cas de pression physique, elle a également peu à peu retenu les pressions psychologiques. Mais, en 1947, dans l'affaire Adamson v. California, elle donna tort à une personne qui invoquait le 5^{ème} amendement en faisant valoir qu'elle était « pris[e] entre le marteau et l'enclume » puisque soit elle témoignait et reconnaissait ainsi son passé de récidiviste, soit elle se taisait et son silence était interprété par les juges saisis de son affaire comme une preuve de sa culpabilité. Cependant, en 1964, l'arrêt Malloy v. Hogan retient que les gouvernements des Etats et le gouvernement fédéral sont tenus constitutionnellement d'établir la culpabilité par des preuves obtenues en toute liberté et indépendance et ne peuvent démontrer la véracité des accusations portées contre un prévenu au moyen de preuves « arrachées de sa propre bouche », les 14^{ème} et 5^{ème} amendements garantissant le droit des personnes de se taire sans que leur silence ne soit pénalisé à moins qu'elles ne choisissent de parler spontanément. Allant plus loin, l'arrêt Miranda v. Arizona du 22 juin 1964 a précisé les règles applicables à l'interrogatoire des personnes arrêtées par la police. En particulier, cet arrêt précise qu'avant tout interrogatoire, le suspect doit être informé en termes clairs et non équivoques qu'il a le droit de demeurer silencieux

542. Le droit anglais. Au Royaume-Uni, le droit au silence est apparu progressivement sous l’influence des avocats dont l’intervention s’est développée à partir de 1696. Le silence de la personne présentait un intérêt stratégique pour les avocats qui pouvaient ainsi mieux contrôler leur plaidoirie. Peu à peu certaines règles relatives au droit au silence ont en conséquence été établies. Ainsi, comme aux Etats-Unis par la suite, les réponses aux questions de la police ne devaient pas être admises comme preuves à moins qu’elles n’aient été données volontairement, un accusé pouvait témoigner à son propre procès mais uniquement s’il avait choisi de le faire et, surtout, aucune déduction de culpabilité ne devait être tirée du seul exercice par la personne de son droit au silence. Ce droit supposait que le silence ne pouvait être interprété¹.

543. Toutefois, un certain recul du droit au silence peut être constaté depuis une vingtaine d’années. Pendant longtemps au moment de l’arrestation la police était obligée d’informer la personne que “*You do not have to say anything unless you wish to do so, but what you say may be given in evidence*”². Le Criminal Justice and Public Order Act de novembre 1994, aboutissement d’une longue série de travaux parlementaires ayant débuté en 1972³, a modifié cet avertissement. Désormais, il s’agit de “*you do not have to say anything. But it may harm you defence if you do not mention whe questioned something which you later rely on in court. Anything you do say may be given in evidence*”⁴. Ce nouvel avertissement peut donc être interprété comme incitant la personne à faire des déclarations à la police. Le droit au silence est, ainsi, quelque peu relativisé. De plus, la même loi permet à l’accusation d’inviter les juges à déduire du silence de l’accusé que la défense repose sur un mensonge. Les juges peuvent également tenir compte du refus de parler et de prêter serment au cours de l’audience. La seule limite encore posée est le fait que la personne ne peut être accusée de « *contempt of court* » si elle refuse de donner des preuves en son nom.

et que tout ce qu’il dit peut être et sera retenu contre lui devant le tribunal. Ainsi, « le droit américain permet au suspect de demeurer complètement silencieux. [...] Le droit américain n’exige pas que l’accusé dise la vérité à la police [...]. Au procès, le droit américain n’autorise aucun commentaire à propos du refus de témoigner opposé par l’accusé». Voir ROBINSON (C.D.) et ESER (A.), « Le droit du prévenu au silence et son droit d’être assisté par un défenseur au cours de la phase judiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d’Amérique », RSC 1967 p. 567 à 618.

¹ GIRARD (C.), *Culpabilité et silence en droit comparé*, L’Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, p. 67 à 77 et 109.

² C’est-à-dire « vous n’êtes pas obligé de dire quoi que ce soit à moins que vous le souhaitiez, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve ».

³ Voir pour plus de détails sur ces travaux GIRARD (C.), *Culpabilité et silence en droit comparé*, *op.cit.*, p. 118 à 124.

⁴ « Vous n’êtes pas obligé de dire quoi que ce soit. Mais votre défense pourrait souffrir du fait que vous n’avez pas mentionné lors de votre interrogatoire, un élément que vous utiliserez à l’audience. Tout ce que vous direz pourra servir de preuve ».

La jurisprudence anglaise semble, à son tour, poser de plus en plus de restrictions à la protection du droit au silence¹. Le droit au silence paraît donc largement remis en cause en Angleterre.

Selon les partisans de la suppression du droit au silence dans cet Etat, l'exercice de ce droit permet aux coupables de bénéficier d'acquittements ou de relaxes, ainsi que de paralyser les investigations de la police et de la justice en général en « lui barrant l'accès à la principale source d'information sur les faits » qu'est la personne mise en cause. A l'inverse, les partisans du maintien du droit au silence soulignent que « le droit au silence est une sauvegarde contre les méthodes coercitives de la police, et protège certains suspects plus vulnérables à ses pressions ; le maintien du droit au silence oblige la police à rechercher d'autres preuves de la culpabilité, et l'incite à se montrer plus professionnelle dans la mise en forme de l'accusation ; aucun citoyen ne peut être sanctionné tant que l'Etat n'a pas démontré sa culpabilité au delà de tout doute raisonnable et l'utilisation du silence de l'accusé réduirait la charge de faire cette démonstration ; la décision de culpabilité doit exclusivement se prendre pendant le procès, pour lequel ont été multipliées les garanties d'équité et forcer un prévenu à déterminer les faits pour lesquels il est poursuivi lors d'une enquête préalable revient donc à usurper la décision dans un lieu moins protégé que le Tribunal ; la suppression de ce droit augmente le risque de faux aveux, et à ce que les jurés négligent les autres éléments de preuve »². Ces arguments rappellent ceux soulevés en France.

544. Le droit français. Le Code de procédure pénale français a longtemps été quasiment muet quant au droit au silence. La seule disposition y faisant référence était l'obligation pour le juge d'instruction, lors de l'interrogatoire de première comparution, d'informer la personne mise en cause qu'elle était libre de ne faire aucune déclaration³. C'est justement en raison de l'absence de reconnaissance expresse de ce droit en France et de la possibilité pour la police et les juges de soumettre la personne mise en cause à un interrogatoire, que certains auteurs, en particulier anglais, ont considéré que, dans notre pays, la personne mise en cause n'était pas présumée innocente mais présumée coupable⁴.

¹ Voir pour plus de détails GIRARD (C.), *Culpabilité et silence en droit comparé*, *op. cit.*, p. 147 à 157.

² *Ibid.*, p. 141. Voir sous la direction de DULONG (R.), *L'aveu comme fait juridique et comme phénomène moral*, *op. cit.*, p. 104 à 118.

³ Art. 114 en sa rédaction issue de la loi n°57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un code de procédure pénale, *JORF* du 8 janvier 1958 p. 258.

⁴ HAMSON (C.J.) et VOUIN (R.), « Le procès criminel en Angleterre et en France », *RIDP* 1952 p. 177 à 190.

Ce n’est qu’au cours des travaux parlementaires relatifs à la loi du 15 juin 2000, que plusieurs amendements reconnaissant expressément le droit au silence en droit interne furent déposés. Ils firent très vite l’objet de contestations, ce droit étant présenté comme entravant le travail de la police. En effet, le droit au silence implique le droit de refuser de fournir toute information concernant soi-même ou un tiers¹. Malgré ces critiques, la loi du 15 juin 2000² a inséré, à l’article 63-1 du Code de procédure pénale, l’obligation pour les policiers d’informer la personne placée en garde-à-vue de son « droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ». Cette loi a donc reconnu expressément un droit au silence mais uniquement pour la personne placée en garde-à-vue. Ceci implique qu’il est strictement interdit aux services de police d’exiger d’une personne placée en garde-à-vue qu’elle prête serment³. Le lien entre droit au silence et droit de ne pas s’auto-incriminer se retrouve ainsi.

Après l’entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, les critiques à l’encontre de la reconnaissance du droit au silence de l’individu placé en garde à vue ont, toutefois, persisté. Une circulaire du 10 janvier 2002 a admis que la notification de ce droit était parfois perçue comme une incitation à ne pas répondre aux questions et dès lors comme une entrave à la recherche de la vérité. Elle proposa, en conséquence, de modifier la formule et d’indiquer aux personnes placées en garde-à-vue qu’elles avaient le choix entre ne pas répondre et de faire des déclarations ou répondre aux questions posées. Certes, une circulaire n’a pas de valeur juridique. Cependant, elle s’impose aux membres des services de police en tant que fonctionnaire. Cette formule a, en outre, été reprise par la loi du 4 mars 2002⁴ qui a modifié l’article 63-1 du Code de procédure pénale. Cette loi a précisé que la personne devait être informée qu’elle avait « le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui ser[ai]ent posées ou de se taire ». Le droit au silence était donc toujours consacré mais il était rappelé à la personne qu’elle pouvait parler. La force du droit au silence se trouvait ainsi amoindrie.

545. Allant plus loin, la loi du 18 mars 2003⁵ a entièrement abrogé ces dispositions⁶. La personne placée en garde à vue en France n’était donc plus informée de son droit au silence bien

¹ GIRARD (C.), *Culpabilité et silence en droit comparé, op. cit.*, p. 214.

² Préc.

³ PASQUET MARINACCE (L.), « La prestation de serment imposée aux personnes placées en garde à vue : une pratique implicitement condamnée par les dispositions de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 », *Gaz. Pal.* 12 et 13 octobre 2001 Chr. p. 20 et 21 ; BARON (C.), « Le droit au silence : une révolution ... silencieuse », *D.* 2000 Point de vue n°38.

⁴ Loi n°2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes.

⁵ Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure.

⁶ Voir notamment LAZERGES (C.), « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003 p. 644 à 654.

qu'elle en soit encore titulaire en application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹. L'effectivité de ce droit était ainsi réduite à *minima*. Celle-ci suppose, en effet, que l'individu sache qu'il en est titulaire. Cette idée a d'ailleurs conduit la Cour d'appel d'Agen du 18 février 2010 à annulé un procès-verbal de garde à vue et les actes subséquents sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un premier temps, elle souligne que l'article 63 du Code de procédure pénale actuel ne prévoit plus la notification du droit au silence. Dans un second temps, elle estime que « la personne gardée à vue ne peut exercer un droit dont elle ignore l'existence ainsi que l'a justement relevé le premier juge, et ce, même si « nul n'est censé ignorer la loi », adage qui en l'espèce ne constitue qu'une fiction juridique et ne permet pas la protection concrète et effective de ce droit »². Le Conseil constitutionnel semble faire écho à ce raisonnement. En effet, dans sa décision du 30 juillet 2010, le Conseil estime que le fait que la personne placée en garde à vue ne reçoive pas notification de son droit de garder le silence participe de l'inconstitutionnalité de la garde à vue de droit commun³. Pourtant, la loi du 14 avril 2011⁴ reprend la formule ambiguë de la loi du 4 mars 2002. En effet, l'article 63-1 du Code de procédure pénale dispose à nouveau que la personne placée en garde à vue doit être informée du fait qu'elle bénéficie notamment « du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont

¹ Il est possible de faire un parallèle avec l'évolution de l'article 77-2 du CPP créé par la loi du 15 juin 2000. Cette loi consacrait ainsi un « droit à un délai d'implication raisonnable ». Selon cette loi, les dispositions de cet article seraient portées à la connaissance de la personne gardée à vue dès son placement. Mais, cette dernière disposition a été abrogée par la loi du 4 mars 2002 et remplacée par l'alinéa 5 de l'article 63-1 du CPP (devenu l'alinéa 2 de l'article 63-8 à la suite de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue). Selon celui-ci, les dispositions de l'article 77-2 ne sont portées à la connaissance de la personne placée en garde à vue que « si la personne est remise en liberté à l'issue de la garde à vue sans qu'aucune décision n'ait été prise par le procureur de la République sur l'action publique ». L'obligation d'informer la personne placée en garde à vue de ces dispositions est, par conséquent, désormais extrêmement limitée. En effet, cette précision suppose, d'une part, que cette obligation n'existe qu'en cas d'enquête de flagrance et d'enquête préliminaire et non d'exécution d'une commission rogatoire, le ministère public ayant alors déjà pris sa décision quant à l'action publique, et, d'autre part, que le procureur ait reporté sa décision quant à la suite de l'affaire. De plus, cette obligation conduit l'officier de police judiciaire à une formalité spécifique en fin de garde à vue. Lorsque le ministère public prend sa décision dès la fin de la garde à vue, ou même avant en cas de garde à vue au cours d'une instruction, une telle notification n'a pas lieu d'être. Cependant, le législateur de 2002 multiplie ainsi les formalités, ce qu'avait justement souhaité éviter celui de 2000. Selon la circulaire du 4 décembre 2000, « compte tenu de la nature du droit résultant de l'article 77-2, le fait que ces dispositions ne soient pas portées à la connaissance du gardé à vue ne saurait constituer une cause de nullité de la mesure ». Il est vrai que ces dispositions ont pour but d'imposer le respect d'un délai raisonnable de la procédure. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le non respect du délai raisonnable ne constitue pas une cause de nullité de la procédure. Crim. 3 février 1993, *Bull.* n°57, *D.* 1993 p. 515 note RENUCCI (J.F.) ; Crim. 4 mai 1994, *Bull.* n°166 ; Crim. 26 septembre 2001, *Bull.* n°190.

² Agen 18 février 2010, *D.* 2010 p. 1850 note FOURNIE (F.)

³ Cons. Const. Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 considérant n°28. Il faut d'ailleurs noter que dans l'affaire Brusco, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 6 en raison de l'atteinte portée « au droit du requérant de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, tel que garanti par l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention ». CEDH 14 octobre 2010, Brusco contre France, Requête n° 1466/07.

⁴ Préc..

posées ou de se taire ». Le législateur semble ainsi plus prudent que le Conseil constitutionnel. En réalité, ce n’est pas tant un droit au silence que le législateur reconnaît de manière expresse mais bien un droit à la liberté de l’aveu. Cette idée se retrouve d’ailleurs à travers divers mécanismes mis en place par le droit positif français dans le cadre de certaines mesures de contrainte et tendant à protéger l’individu contre l’aveu forcé.

B- La protection contre l’aveu forcé

546. L’effectivité du droit à la liberté de l’aveu implique le contrôle des interrogatoires (1°) et le refus de certaines techniques d’interrogatoires (2°).

1°/ Le contrôle des interrogatoires

547. La retranscription des interrogatoires. La formulation des questions lors d’un interrogatoire est déterminante de la qualité de l’aveu obtenu. « Une accusation se présente en général comme une question exigeant de son destinataire rejet ou assentiment. [...]Le premier terme de la paire [c’est-à-dire la question] oriente le champ des réponses possibles, [...]»¹. Tout interrogatoire fait l’objet de l’établissement d’un procès-verbal. Celui-ci n’est pas la retranscription exacte de l’interrogatoire mais une synthèse aussi fidèle et précise que possible². Il faut, dès lors, s’assurer que la transcription est bien fidèle aux déclarations. Si un doute subsiste quant à la fidélité des retranscriptions, le juge pourra écarter l’aveu en vertu de l’article 428 du Code de procédure pénale. En effet, les procès-verbaux de retranscription des interrogatoires, en vertu des articles 430 et suivants du Code, ne valent en principe que simples renseignements, même s’il arrive que dans certaines matières spécifiques, telles que les douanes, ils valent jusqu’à preuve contraire.

Ceci³ explique les précautions que le législateur a pris, peu à peu, afin d’encadrer la formulation des questions posées au cours des interrogatoires et de contrôler la validité des réponses

¹ DULONG (R.) et MARANDIN (J.M.), « Analyse des dimensions constitutives de l’aveu en réponse à une accusation », in sous la direction de DULONG (R.), *L’aveu Histoire, sociologie, philosophie, op. cit.*, p. 135 à 179.

² Circulaire n° CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l’enquête de police judiciaire.

³ Outre la volonté de contrôler l’absence de pressions psychiques ou physiques pouvant être assimilées à des tortures.

obtenues. Pendant longtemps, les procès-verbaux d'interrogatoire, que l'on se situe au stade de l'enquête ou de l'instruction, ne comportaient pas systématiquement la retranscription des questions posées par les enquêteurs. Souvent, seule la mention « SI » avant les déclarations de la personne interrogée apparaissait. Cette formule, qui signifie « sur interpellation », indiquait que les déclarations faisaient suite à une question de l'enquêteur. Toutefois, le procès-verbal ne précisait pas laquelle.

Aussi, la loi du 15 juin 2000¹ a-t-elle ajouté un second alinéa à l'article 429 du Code de procédure pénale. Celui-ci dispose depuis que « tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu ». Le législateur a ainsi mis fin au système des « SI » dans un souci de transparence et de loyauté des interrogatoires et auditions. Les juges de jugement sont ainsi mieux à même de comprendre le contexte dans lequel la personne mise en cause a donné la réponse indiquée dans le procès-verbal.

Toutefois, le législateur n'a prévu aucune sanction. Il semblerait que certaines juridictions d'appel aient décidé que le non respect de l'alinéa 2 de l'article 429 du Code de procédure pénale entraîne la nullité du procès-verbal d'interrogatoire². Pour l'instant, la Cour de cassation n'a pas confirmé ces décisions. Au contraire, elle a rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt d'une chambre de l'instruction au motif qu'a justifié sa décision, au regard de l'article 171 du Code de procédure pénale, la chambre de l'instruction qui a décidé que les dispositions de l'article 429 alinéa 2 ne sont pas prescrites à peine de nullité et que la personne mise en cause ne pouvait invoquer aucun grief de ce que les questions posées n'étaient pas retranscrites³.

548. Le procès-verbal doit également être signé par la personne mise en cause. Cela lui permet de s'assurer qu'elle maintient ce qu'elle a déclaré et que ce qui est relaté dans le procès-verbal correspond bien au déroulement de l'interrogatoire et à ses déclarations. En cas de refus de signer opposé par la personne interrogée, mention en est portée sur le procès-verbal⁴. Toutefois, aucune conséquence juridique n'est attachée à ce refus. En revanche, l'absence de signature et de mention du refus entraînera la nullité du procès-verbal⁵.

¹ Préc..

² Pour une étude plus approfondie de cette réforme voir ROUSSEL (G.), *Les procès-verbaux d'interrogatoire Rédaction et exploitation*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2005, 231 pages.

³ Crim. 9 juillet 2003, pourvoi n°02-85899, inédit titré.

⁴ Voir article 106 du CPP pour les procès-verbaux d'interrogatoire établis par le juge d'instruction.

⁵ Crim. 13 novembre 1968, *Bull.* n°294 ; Crim. 22 juin 2004, *Bull.* n°163.

549. L’enregistrement des interrogatoires. Si l’enregistrement des interrogatoires permet de s’assurer du respect de l’intégrité physique des individus contraints, il assure également le contrôle du respect des droits de ne pas s’auto-incriminer et au silence¹.

550. Au nom du droit à la liberté de l’aveu, certaines techniques d’interrogatoire doivent, en outre, être rejetées.

2°/ Les techniques d’interrogatoires refusées

551. Le droit à la liberté de l’aveu s’oppose à l’utilisation de procédés tels que le polygraphe ou l’hypnose pour obtenir l’aveu de la personne. En effet, ces procédés annihilent plus ou moins totalement la volonté de la personne qui y est soumise.

552. L’hypnose. Les débats relatifs à l’utilisation de l’hypnose au cours du procès pénal reviennent de manière récurrente depuis la fin du XIX^{ème} siècle². Il s’agit d’un sommeil provoqué artificiellement par « magnétisme » ou par l’injection de narcotiques, « pendant lequel l’automatisme est plus marqué, et donne lieu à des manifestations du subconscient. L’hypnose peut donc être utilisée pour découvrir des éléments oubliés, refoulés, ou cachés »³. L’école positiviste estimait que l’hypnose pouvait être « une source très féconde d’applications scientifiques au recueil méthodique des preuves criminelles »⁴, puisque grâce à elle il serait possible d’obtenir de la personne interrogée ses aveux alors même qu’elle souhaitait cacher son comportement. Ce procédé est également connu sous le terme, créé en 1931 par Stephan Horsley, de narco-analyse. Après un développement aux Etats-Unis⁵, il s’est répandu en Europe à

¹ Sur la question des enregistrements cf. infra n°842 et s..

² Pour un résumé des expériences pratiquées et des premiers débats voir notamment HEUYER (G.), « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité », Colloque sur les méthodes scientifiques de recherche de la vérité à Abidjan du 10 au 16 janvier 1972, RIDP 1972 p. 239 à 253.

³ CADENE (J.), *La preuve en matière pénale essai d’une théorie générale*, Thèse Montpellier, 1963, p. 198 et 199.

⁴ FERRI (E.), *La sociologie criminelle, trad. de l’auteur sur la 3^e éd. italienne complètement refondue et mise au courant des progrès de la science du droit pénal et de la procédure criminelle*, Rousseau, 1893, p. 454.

⁵ SUSINI (J.), « L’hypnose d’investigation : des faits troublants ou prodromatiques ? (les contenus nouveaux de l’enquête spécifique de police) », RSC 1986 p. 915 à 920 ; R.M., « La narco-analyse et la jurisprudence des tribunaux américains », RSC 1960 p. 139 à 140.

partir de 1940 pour les militaires au combat dans un premier temps puis en matière judiciaire¹. Dans les années 1950, certains auteurs, tels que Monsieur Graven, proposèrent que les résultats des interrogatoires sous hypnose soient utilisés, non comme une certitude de vérité, mais comme un simple indice permettant d'éclairer le juge quant à la psychologie de l'individu. Plus précisément, selon ces auteurs, ce procédé ne devait être possible qu'en cas de poursuites pour « crimes graves de droit commun, comme le meurtre et l'assassinat, l'incendie et l'explosion, le brigandage, et le viol, etc... et à l'encontre d'inculpés sur lesquels pèsent des charges et suspicions sérieuses, ne pouvant être infirmées ou confirmées par les procédés ordinaires ». Cette méthode devait être ordonnée avec l'accord de la personne qui y serait soumise par une décision motivée du juge d'instruction susceptible de recours. Cette décision ne devait être mise en œuvre que par des experts en présence du juge d'instruction, du ministère public et de l'avocat de la personne interrogée. Enfin, l'interrogatoire ne devait porter que « sur les faits et éléments de la cause, et vis[ait] non pas à obtenir un aveu de culpabilité, mais les seules indications de base, matérielles et psychologiques, indispensables à l'enquête et au jugement. Les déclarations recueillies ne [faisaient] nullement preuve automatique et absolue contre l'inculpé »². Le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer conduit, toutefois, au rejet de l'hypnose comme mode de preuve. En effet, « on cherche par ce moyen à sonder directement le for intérieur de l'inculpé ; on « viole sa conscience », selon la formule consacrée, son dernier refuge, son asile intérieur »³. Certains auteurs

¹ En France, en 1945, une commission spéciale, désignée par la Société de médecine légale, a proposé l'emploi du narco-diagnostic en médecine légale permettant d'établir l'existence de troubles psychiques. Trois réserves étaient toutefois énoncées. Il fallait qu'il soit un moyen de diagnostic médical et non d'obtenir des aveux, que l'expert s'engage à garder le secret médical dans le cas où des révélations seraient obtenues sur la matérialité des faits, et que cette méthode ne soit employée qu'après échec des moyens courants d'investigation. Voir HEUYER (G.), « Narco-analyse et narco-diagnostic », *RSC* 1950 p. 7 à 22 ; VOUIN (R.), « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D.* 1949 Chr. p. 101 à 108. En 1949, trois médecins furent poursuivis pour réparation des délits de coups et blessures et violation du secret professionnel. Ils avaient pratiqué une injection de penthotal sur un inculpé et signalé dans leur rapport au juge d'instruction qu'il s'agissait d'un simulateur. Ils furent relaxés par le Tribunal de la Seine. Trib. Corr. de la Seine 23 février 1949, *JCP* 1949 II 4786 obs. R.V. ; GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *RSC* 1950 p. 313 à 357. Selon certains auteurs (Voir obs. R.V. sous Trib. Corr. de la Seine 23 février 1949, *JCP* 1949 II 4786), en l'espèce, l'infraction ne pouvait être caractérisée en l'absence d'intention de nuire de la part des médecins. Ils semblent donc considérer que l'infraction de violences volontaires exige l'existence d'un dol spécial. Au regard de la rédaction du texte d'incrimination, cette exigence peut être discutée. Il faut relever qu'il ne s'agissait pas en l'espèce, comme cela a été dit, d'un interrogatoire sous narcose mais d'un narco-diagnostic dont l'objet était d'établir la déficience mentale ou la simulation. D'ailleurs, la Cour d'appel d'Alger semble avoir admis dans un arrêt du 18 décembre 1949 l'usage du narco-diagnostic. Alger 18 décembre 1948, *JCP* 1949 II 4901 obs. R.V. Toutefois, par la suite, l'Académie de médecine a condamné l'emploi des narcotiques en cas d'expertise judiciaire. Voir LAMBERT (L.), « Nécessité judiciaire, sociale, morale de l'interrogatoire policier », *RSC* 1949 supplément au n°2.

² GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *RSC* 1950 p. 313 à 357. Voir également YOTIS (C.P.), « Le point de vue d'un criminaliste grec sur la narco-analyse », *RIDP* 1951 p. 629 à 637.

³ GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », préc.. Voir également sur ce point BOUVET (M.) et GRAVEJAL (F.), « Narco-investigation et expertise psychiatrique », *RSC* 1948 p. 131 et 132 ; « Cycle d'études des Nations Unies sur la protection des droits de l'homme dans la procédure criminelle

ont même comparé l’usage de l’hypnose sous narcotiques à une évolution de la question du Moyen-Age¹. De plus, il a été souligné que, contrairement à l’idée reçue de l’existence d’un « sérum de vérité », les aveux obtenus sous narcose ne sont pas un gage de vérité, en particulier lorsque la personne interrogée souffre « d’un complexe de culpabilité et d’un désir morbide d’auto-accusation »².

553. Le législateur ne s’étant pas prononcé expressément sur ce point, il convient de se tourner vers la jurisprudence.

Dans un arrêt du 18 mai 2000, la Cour d’appel de Rennes a estimé que le fait pour un juge d’instruction de désigner un expert pour interroger sous hypnose une personne mise en cause au cours d’une instruction, celle-ci ayant d’ailleurs donné son accord, ne constitue pas une audition irrégulière et « n’a pas pour effet de porter atteinte aux intérêts des mis en examens » même si son efficacité peut être discutée. En effet, cette cour souligne que « l’hypnose n’est pas un procédé interdit mais représente actuellement une technique encore expérimentale à laquelle les chercheurs s’intéressent et qui fait l’objet d’études notamment par les médecins en matière d’anesthésie ; que le recours à cette méthode pour entendre un témoin afin de tenter d’activer sa mémoire sur un fait précis ne peut être considéré comme attentatoire à la personne que si elle est utilisée à son insu ».

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, le 12 décembre 2000, cassé cette décision aux motifs que « si le juge d’instruction peut procéder ou faire procéder à tous actes d’information utiles à la manifestation de la vérité, encore faut-il qu’il se conforme aux dispositions légales relatives au mode d’administration des preuves » et de ce fait « qu’en statuant ainsi, alors que la violation des dispositions légales relatives au mode d’administration des preuves compromet l’exercice des droits de la défense, la chambre d’accusation a méconnu le principe ci-dessus énoncé »³. La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 novembre 2001 a ajouté que le recours à l’hypnose entraînait, non seulement la nullité de l’audition effectuée dans

(Vienne, 20 juin -4 juillet 1960) », *RSC* 1960 p. 740 à 751 ; YOTIS (C.P.), « Le point de vue d’un criminaliste grec sur la narco-analyse », *RIDP* 1951 p. 629 à 637 ; LEYRIE, Intervention au Colloque sur les méthodes scientifiques de recherche de la vérité, Abidjan du 10 au 16 janvier 1972, *RIDP* 1972 p. 279 à 288 ; GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique, op. cit.*, p. 126 à 131.

¹ ALAUZE (E.), « La narco-analyse devant la justice », *Gaz. Pal.* 1949 1^{er} semestre Doctrine p. 37. Voir également BARLETTA CALDARERA (G.) et VAN BEMMELEN (J.M.), « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité Problèmes de procédure », *RIDP* 1972, p. 503 à 529, selon lesquels le droit espagnol et le droit portugais assimilent cette technique à une torture.

² GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d’investigations au procès pénal », préc..

³ Crim. 12 décembre 2000, *Bull.* n°369, *Procédures* 2001 Comm. n°70 note BUISSON (J.), *JCP* 2001 II 10 495 note PUIGELIER (C.), *D.* 2001 p. 1340 à 1343 note MAYER (D.) et CHASSAING (J.F.).

ces conditions, mais également la nullité de l'utilisation en justice des résultats obtenus lors d'entretiens sous hypnose avec un psychologue averti¹.

La remarque de la Cour d'appel de Rennes, selon laquelle l'hypnose était une « technique encore expérimentale », faisait à elle seule douter de la solution retenue. En effet, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme en matière de prélèvement, il est possible d'admettre des modes de preuve constituant une atteinte à l'intégrité physique dès lors que certaines limites sont respectées, notamment la certitude ou la quasi-certitude des résultats obtenus quant à la recherche de la vérité. Il paraît tout à fait possible d'étendre ces conditions à l'intégrité psychique, le législateur actuel plaçant le plus souvent l'intégrité physique et l'intégrité psychique sur le même plan, comme le montre les infractions de violences intentionnelles². Il ne pourrait y avoir infraction si l'on admet le fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi³. Comment qualifier de certaines les réponses obtenues sous hypnose si celle-ci n'est encore qu'une « technique expérimentale » objet de recherche de la part de scientifiques ? Si l'hypnose ne provoque pas de souffrances suffisamment graves pour être qualifiée de traitement inhumain ou dégradant, elle supprime l'autodétermination de l'individu. Il conviendrait, dès lors, que le législateur prenne expressément position sur ce point.

554. Le polygraphe. Dans les années 1950, certains auteurs français, conscients de l'importance de la garde à vue pour l'obtention de l'aveu, proposèrent d'y introduire l'usage du « détecteur de mensonge » en raison des résultats obtenus, notamment, aux Etats-Unis⁴. Ce procédé ne porte atteinte ni à l'intégrité physique ni à l'intégrité psychique de la personne qui y est soumise, puisqu'il enregistre simplement les variations physiologiques, telles que la respiration ou la tension artérielle, pendant l'interrogatoire. Les variations obtenues sont ensuite analysées afin de déterminer si la personne mentait ou non lors de ses réponses. Les premiers essais, pratiqués par Lombroso, datent de la fin du XIX^{ème} siècle. Encouragée par l'école positiviste⁵, cette technique a peu à peu été améliorée par des psychologues italiens, allemands, autrichiens et

¹ Crim. 28 novembre 2001, *Bull.* n°248, *D.* 2002 IR p. 372. La Chambre criminelle semble donc rejeter à la fois la narco-analyse et le narco-diagnostic.

² Notamment Crim. 27 octobre 1999, *Bull.* n°235 ; Toulouse 26 juin 2003, *D.* 2003 IR p. 2728.

³ LE BRIS (R.F.), « Les problèmes juridiques posés par le narco-diagnostic et la narco-analyse en droit français », *RIDP* 1972 p. 379 à 395.

⁴ GORPHE (F.), *L'appréciation des preuves en justice*, *op. cit.*, p. 114 à 125 ; GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *préc.*.

⁵ Plus particulièrement par Ferri qui y voyait un instrument permettant de diagnostiquer les « infirmités simulées » mais aussi de déterminer l'innocence ou la culpabilité de la personne interrogée. Voir FERRI (E.), *La sociologie criminelle*, *op. cit.*, p. 453 et 454.

américains afin d’obtenir les résultats les plus précis possibles et utilisables au cours d’une procédure judiciaire. Dès les années trente, notamment avec la création du Laboratoire de Chicago, cette technique fut utilisée régulièrement aux Etats-Unis¹.

Toutefois, il est possible de s’interroger sur l’usage d’un tel appareil. En effet, il revient à demander à la personne interrogée de fournir une preuve contre elle sans qu’elle puisse réellement contrôler celle-ci². Aussi, si l’on souhaite avoir recours au détecteur, encore faut-il encadrer strictement son usage, par exemple en exigeant l’accord préalable et en toute connaissance de cause de la personne qui y est soumise, mais également l’information des juges et jurés des limites de cet appareil. Aux Etats-Unis, certaines études montrent que le recours au polygraphe comme moyen de preuve a certains effets sur le jugement de culpabilité comme toute expertise. Cependant, ces mêmes études soulignent qu’une « bonne information sur les limites de la détection polygraphique atténue le poids de cette preuve »³. Pour certains auteurs, pourtant favorables à cet appareil, les résultats du détecteur de mensonge ne doivent pas être considérés comme une preuve mais simplement comme un indice en raison de la marge d’erreur possible même si celle-ci est faible⁴. Le détecteur de mensonge ne constitue pas une atteinte à la dignité humaine physique en ce qu’il ne crée pas de souffrance et ne porte pas atteinte à l’autodétermination de la personne. Pour autant, il est contraire à la liberté de défense de la personne soupçonnée et en particulier à son droit de ne pas s’auto-incriminer elle-même, voir à son droit de mentir. Aussi, malgré ces propositions, le détecteur de mensonges n’a-t-il pas été utilisé en France.

555. Ainsi, peu à peu, l’organisation des mesures de contrainte prend en compte les impératifs liés à la reconnaissance des droits de la défense au stade préparatoire de la procédure pénale. Toutefois, une étude plus approfondie des prérogatives reconnues au suspect afin de préparer sa défense dès cette phase montre qu’en réalité les droits de la défense ont longtemps fait l’objet d’une garantie *a minima*, même si depuis peu un mouvement d’expansion peut être constaté.

¹ Pour un historique voir notamment GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d’investigation au procès pénal », préc. ; GORPHE (F.), *L’appréciation des preuves en justice Essai d’une méthode technique*, op. cit., p. 114 à 125 ; SUSINI (J.), « Un chapitre nouveau de police scientifique La détection objective du mensonge », *RSC* 1960 p. 326 à 330 ; SUSINI (J.), « Place et portée du polygraphe dans la recherche judiciaire de la vérité », *RIDP* 1972 p. 255 à 275 ; SUSINI (J.), « La polygraphie du mensonge en 1983 », *RSC* 1983 p. 521 à 532.

² Pour certains auteurs le polygraphe serait « un cambriolage dans le for intérieur de l’inculpé ». Voir sur ce point POMPE (W.P.J.), « La preuve en procédure pénale », *RSC* 1961 p. 269 à 291.

³ SUSINI (J.), « Psychologie policière : aspects cliniques et techniques du mensonge et de l’aveu », *RSC* 1981 p. 909 à 925.

⁴ SUSINI (J.), « Un chapitre nouveau de police scientifique La détection objective du mensonge », préc..

Section II- Les droits de la défense : une expansion actuelle

556. La réticence ayant entouré la reconnaissance des droits de la défense lors de la phase préalable se manifeste encore aujourd'hui. En effet, le contexte de la contrainte conduit à une nouvelle définition et à une mise en œuvre *a minima* tant de l'information de l'individu contraint (§1) que du recours à un avocat. Ce dernier est toutefois en pleine mutation (§2).

§1- L'information de l'individu contraint

557. L'information de l'individu contraint est limitée tant dans son contenu (A) que dans sa mise en œuvre (B).

A- Une information au contenu limité

558. L'information de l'individu contraint résulte du droit d'être informé de ce qui lui est reproché (1°) mais aussi du droit de connaître ses droits (2°).

1°/ Le droit d'être informé de ce qui est reproché

559. Tant en droit européen qu'en droit interne, les droits de la défense de l'individu contraint comprennent au minimum ce droit.

560. En droit européen. L'article 5§2 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». En vertu de l'article 5§2, il doit être également indiqué à la personne privée de liberté « les

raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté »¹. Selon la Cour européenne des droits de l’homme « le paragraphe 2 de l’article 5 (art. 5-2) énonce une garantie élémentaire »². Elle estime que la seule information de la base légale de l’arrestation ne suffit pas. Les personnes arrêtées doivent également être informées de l’infraction dont elles sont soupçonnées³. En revanche, la Convention européenne des droits de l’homme ne prévoit pas expressément le même droit dans le cadre des autres mesures de contrainte.

561. Cependant, la Cour européenne des droits de l’homme considère que l’accusation doit indiquer à la personne à la fois les faits matériels mis à sa charge et leur qualification juridique afin de lui fournir l’occasion de préparer une défense adéquate⁴. La Cour rappelle que « les dispositions du paragraphe 3 a) de l’article 6 montrent la nécessité de mettre un soin extrême à notifier l’« accusation » à l’intéressé. [...] L’article 6 § 3 a) de la Convention reconnaît à l’accusé le droit d’être informé non seulement de la cause de l’accusation, c’est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l’accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits et ce, comme l’a justement relevé la Commission, d’une manière détaillée »⁵. En l’absence de précision, ce droit semble ainsi s’appliquer à l’ensemble du processus pénal. L’arrestation et la privation de liberté constituant les premières possibilités d’informer la personne qu’elle est suspectée, l’article 5 apparaît sur ce point comme une simple reprise du droit consacré de manière générale à l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme.

562. En droit interne. Progressivement, le législateur français a cherché à mettre en conformité les dispositions internes avec la Convention européenne des droits de l’homme. Ainsi, la loi du 15 juin 2000⁶ a complété l’alinéa 1 de l’article 63-1 du Code de procédure pénale. A compter du 1^{er} janvier 2001, cet article disposait que la personne placée en garde à vue doit également être immédiatement informée de « la nature de l’infraction sur laquelle porte l’enquête ». Le législateur n’a pas souhaité reprendre la formule exacte de l’article 5§2 en raison de la définition différente de la notion d’accusation en droit européen et en droit interne. Cette formule aurait considérablement restreint cette disposition au regard de la définition interne de

¹ CEDH 5 avril 2001, H.B. contre Suisse, Requête n° 26899/95, §49.

² CEDH 30 août 1990, Fox, Campbell et Hartley, §40.

³ CEDH 30 août 1990 Aff. Fox, Campbell et Hartley contre Royaume-Uni, Requêtes n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86, §41; CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, Requête n° 5310/71, §198.

⁴ CEDH 6 décembre 1988, Barbera, Messegué et Jabardo contre Espagne, Requête n° 10590/83, §77 et 78.

⁵ CEDH 25 mars 1999, Pélissier et Sassi contre France, Requête n° 25444/94, §51.

⁶ Préc..

l'accusation. La loi du 14 avril 2011¹ a, quelque peu, modifié la formulation de l'article 63-1 sur ce point. En effet, désormais, la personne placée en garde à vue doit être informée de la « nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ». Il ne semble pas que cette nouvelle formulation modifie fondamentalement la portée de l'information. Par la substitution de l'expression « l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre » à celle d'infraction « sur laquelle porte l'enquête », le législateur rappelle, semble-t-il, l'apparence d'imputation condition de mise en œuvre de la garde à vue.

563. Cette information est essentielle. En effet, l'objet de la garde à vue est l'audition de la personne qui y est soumise. L'interrogatoire est depuis longtemps considéré par la Cour de cassation comme un moyen à la fois d'instruction et de défense². Selon la circulaire du 4 décembre 2000³, il s'agit de la première information qui doit être donnée à la personne placée en garde à vue.

564. Certains auteurs, tels que Monsieur Pradel, ont considéré que « cette expression « nature de l'infraction » ne doit évidemment pas s'entendre de la qualification juridique des faits, mais dans la consistance des faits reprochés »⁴. Cette information serait ainsi en retrait par rapport aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, la circulaire du 4 décembre précise que « la loi n'impose pas d'indiquer à la personne gardée à vue le détail des faits qu'elle est soupçonnée avoir commis (tel que par exemple un vol commis à tel endroit, à telle date et au préjudice de telle personne), mais de l'informer de la nature de l'infraction, c'est-à-dire de sa qualification juridique, telle qu'elle peut être appréciée à ce stade de l'enquête.

Cette information n'implique pas non plus que soient précisés les articles définissant ou réprimant l'infraction et permet de faire référence à des catégories génériques d'infractions (telles que « trafic de stupéfiants » sans distinguer entre les différents délits prévus par les articles 222-34 et suivants du Code pénal, ou « violences volontaires », sans nécessairement préciser s'il s'agit de violences ayant entraîné une ITT de plus ou moins huit jours ou une mutilation) ». La

¹ Préc..

² Crim. 16 novembre 1849, *Bull.* n°303.

³ Circulaire n° CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire..

⁴ PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution ? », *D.* 2001 Chr. p. 1039 à 1047 et p. 1114 à 1124.

qualification n’étant à ce stade que provisoire, la circulaire précise qu’une qualification erronée ne pourra être un motif de nullité de la procédure. En revanche, de manière plus étonnante la circulaire indique que « si au cours de la garde à vue, une nouvelle infraction vient à être découverte, l’article 63-1 n’impose pas d’en informer le gardé à vue, sauf évidemment si cela a une incidence sur le régime de la garde à vue (ainsi en cas de découverte d’une infraction de trafic de stupéfiants) ». Cela peut paraître regrettable, la personne gardée à vue ne connaissant ainsi pas exactement ce qui lui est reproché. Si l’efficacité de la recherche de la vérité n’impose pas bien entendu de dévoiler à la personne interrogée l’ensemble des éléments réunis, tout au moins une information complète quant à ce qui lui est reproché permet à celle-ci de se défendre au mieux.

Il semble que la Cour de cassation ait suivi l’interprétation donnée par la circulaire. En effet, elle estime que la seule indication à l’intéressé qu’il est placé en garde à vue « en raison des indices faisant présumer qu’il a commis ou tenté de commettre une infraction » n’est pas suffisante. Il faut indiquer à l’individu la qualification envisagée¹. De plus, en cas de modification de la qualification envisagée, seule la modification consécutive du régime de garde à vue impose une nouvelle notification².

565. Le législateur n’a pas prévu expressément le droit d’être informé de ce qui est reproché en cas de contrôle judiciaire, détention provisoire et assignation à résidence. Cependant, ce droit résulte de la combinaison de diverses dispositions régissant l’instruction. En effet, ces mesures supposent au préalable une mise en examen. Selon la loi du 4 janvier 1993³, le juge d’instruction devait donner connaissance « à la personne des faits dont il [était] saisi et pour lesquels elle [était] mise en examen ». La loi du 24 août 1993⁴ a précisé que le juge d’instruction devait également informer la personne de la qualification juridique des faits pour lesquels elle est mise en examen. De même, la loi du 15 juin 2000 précise que la lettre de convocation à la première comparution prévue par l’article 80-2 du Code de procédure pénale « donne connaissance à la personne de chacun des faits dont ce magistrat est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée, tout en précisant leur qualification juridique ». Si la convocation est notifiée par un officier de police judiciaire, les mêmes informations doivent être données. Lors de la première comparution, en vertu de l’article 116 dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007, le juge d’instruction doit

¹ Civ. 2^e 22 mai 2003, *Dr. Pén.* 2003 Comm. n°104 note MARON (A.). Il s’agissait ici d’une garde à vue faisant suite à un contrôle d’identité et précédant une rétention administrative en matière de droit des étrangers, ce qui explique la compétence de la deuxième Chambre civile.

² En ce sens voir Civ. 2^e 5 février 2004, *Bull.* n°44 ; Crim. 7 juin 2006, *Dr. Pén.* 2007 Etude n°3 obs. LESCLOUS (V.).

³ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁴ Préc..

une nouvelle fois « faire connaître expressément, en précisant leur qualification juridique, chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée. Mention de ces faits et de leur qualification juridique est portée au procès-verbal ». L'information est, par conséquent, ici beaucoup plus précise que dans le cadre de la garde à vue.

566. Le législateur semble ainsi mettre en place une gradation¹ de l'information relative à ce qui est reproché, celle-ci devenant de plus en plus précise au fil de la procédure. Pour autant, il ne faut pas oublier que la personne mise en examen est partie à la procédure contrairement, en principe, à la personne gardée à vue. Ceci explique sans aucun doute possible la différence d'information, même si certaines restrictions posées à l'information du gardée à vue sont regrettables.

567. Toutefois, si quelques dispositions éparses dans le Code de procédure pénale consacrent cette obligation d'information de la personne contrainte, celle-ci n'est pas prévue pour toutes les mesures de contrainte notamment en cas de perquisition². Pourtant, la préparation de sa défense suppose que l'individu contraint connaisse les faits qui lui sont reprochés quelle que soit la nature de la mesure de contrainte à laquelle il est soumis.

Introduit par la loi du 15 juin 2000³, l'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose que toute personne suspectée ou poursuivie « a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ». Cette disposition a l'avantage d'étendre cette prérogative à toute personne « suspectée ou poursuivie », ce qui implique qu'elle s'impose également lorsque la procédure n'en est encore qu'à la phase policière. Elle peut ainsi s'appliquer à toute mesure de contrainte. Toutefois, cette formulation semble maladroite en ce qu'elle vise à la fois la personne suspectée et la personne poursuivie alors que l'information doit porter sur les « charges retenues contre elle ». En effet, la notion de charges ne doit en principe être utilisée qu'après le renvoi devant une juridiction de jugement, c'est-à-dire à l'issue de l'enquête et de l'instruction. Le législateur français aurait peut être dû s'inspirer en partie de la rédaction

¹ Pour plus de développements sur ce point voir PORTERON (C.), *Droit à l'information et procédure pénale Contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie*, ANRT, Thèse à la carte, 2002, n°49 à 147.

² Pour les mesures de contrainte privatives de liberté, la jurisprudence a quelque peu comblé ce vide juridique. Ainsi, en matière de retenue douanière, la Cour de cassation considère de manière implicite, au regard de l'article 5§2, que la personne a un droit à être informée des motifs de son arrestation. Voir Crim. 23 février 2005, *Bull.* n°71 ; Crim. 28 novembre 2007, pourvoi n° 07-86062, inédit. La loi du 14 avril 2011 a comblé cette lacune législative en précisant à l'article 323-6 du Code des douanes que la personne devait être informée « de la nature et de la date présumée de l'infraction qu'elle est soupçonnée avoir commise ou tenté de commettre ».

³ Préc..

européenne en prévoyant par exemple que « toute personne suspectée ou poursuivie a le droit d’être informée de ce qui lui est reproché ».

568. Afin d’assurer l’effectivité des droits de la défense, l’individu contraint doit également connaître les droits dont il est titulaire.

2°/ La connaissance des droits

569. Pour une pleine effectivité de droits de la défense, l’individu contraint doit connaître ses droits. Cela implique d’une part la notification de ceux-ci (a) et d’autre part leur compréhension (b).

a) La notification des droits

570. Une exigence de l’Union Européenne. Le 30 novembre 2009, le Conseil de l’Union Européenne a adopté une « feuille de route sur les droits procéduraux ». Celle-ci invite la Commission à présenter, de manière progressive, des propositions concernant notamment le « droit aux informations relatives aux droits ». L’ensemble des ministres de la justice des Etats membres de l’Union souhaitent ainsi souligner le caractère fondamental de ce droit à l’information sur les droits. Pourtant en droit interne, seule la personne placée en garde à vue et le mis en examen se voient, aujourd’hui, notifier leurs droits.

571. En garde à vue et retenue douanière. Jusqu’à présent, l’article 63-1 du Code de procédure pénale procédait par renvoi s’agissant de l’énumération des droits devant être notifiés. Il s’agissait des droits des articles 63-2, 63-3 et 63-4, c’est-à-dire le droit de faire prévenir « une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l’un de ses parents en ligne directe, l’un de ses frères et sœurs ou son employeur »¹, le droit d’être examinée par un médecin, et le droit de s’entretenir avec un avocat. La loi du 14 avril 2011² supprime le renvoi et énumère expressément

¹ L’article 63-1 du CPP en sa rédaction issue de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue précise que la personne placée en garde à vue a le droit de faire prévenir un proche ainsi que son employeur. Il ne s’agit plus d’une alternative.

² Préc..

les droits devant être notifiés¹. En dehors du droit à la liberté de l'aveu précédemment évoqué², il n'y a aucun changement, en dehors du droit à la liberté de l'aveu précédemment évoqué, puisqu'il s'agit « du droit de faire prévenir un proche et son employeur, conformément à l'article 63-2 ; du droit d'être examinée par un médecin, conformément à l'article 63-3 ; du droit d'être assistée par un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3 ». Toutefois, l'abandon de la méthode par renvoi présente l'avantage de la clarté.

Depuis la loi du 15 juin 2000³, la personne placée en garde à vue doit également être informée des règles relatives à la durée de la garde à vue. Là encore, la loi du 14 avril 2011 simplifie l'article 63-1 du Code de procédure pénale. En effet, la loi du 15 juin 2000 procédait de nouveau par renvoi en indiquant que la personne devait être informée « des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63 ». Une simple lecture des dispositions de l'article 63 paraissait donc suffisante. La loi du 14 avril 2011 précise que la personne doit être informée « de la durée de la mesure et de la ou des prolongations dont celle-ci peut faire l'objet ». Cette formulation semble renvoyer à une information concrète adaptée à la situation de l'individu gardé à vue. La circulaire du 4 décembre 2000⁴ précise que la compréhension par la personne placée en garde à vue de ses droits « dépend de sa connaissance des règles sur la durée de la garde à vue ». Le lien entre la compréhension des droits et la connaissance des règles sur la durée de cette mesure ainsi effectué s'explique par le fait que la mise en œuvre de certains droits, en particulier l'assistance d'un avocat, est subordonnée soit à l'écoulement d'une certaine durée soit à l'application de certaines règles régissant la durée de la garde à vue.

En vertu de l'alinéa 2 de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, « mention de cet avis est portée au procès-verbal et émargée par la personne gardée à vue ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention ».

572. Jusqu'à présent la jurisprudence affirmait de manière constante que la notification des droits n'était pas exigée dans le cadre de la retenue douanière⁵. La loi du 14 avril 2011 a, toutefois, expressément prévu les mêmes garanties en la matière.

¹ Article 63-1 du CPP, rédaction issue de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

² Cf. supra n°535 et s.

³ Préc..

⁴ Circulaire n° CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire.

⁵ Voir notamment Crim. 1^{er} mars 1994, *Bull.* n°80 ; Crim. 7 mars 1994, *Bull.* n°89.

573. En cas de mise en examen. Le mis en examen, quant à lui, doit être informé, en vertu de l’article 80-2 du Code de procédure pénale, de son « droit de choisir un avocat ou de demander qu’il lui en soit désigné un d’office, ce choix ou cette demande devant être adressé au greffe du juge d’instruction ». De plus, depuis la loi du 30 décembre 2000, en vertu de l’alinéa 5 de l’article 116, la personne qui vient d’être mise en examen lors de la première comparution doit être informée de « ses droits de formuler des demandes d’actes ou des requêtes en annulation sur le fondement des articles 81, 82-1, 82-2, 156 et 173 durant le déroulement de l’information et au plus tard le vingtième jour suivant l’avis prévu par le dernier alinéa de l’article 175, sous réserve des dispositions de l’article 173-1 »¹.

b) La compréhension des droits

574. Une exigence européenne. L’article 5§2 de la Convention européenne des droits de l’homme impose que l’information soit communiquée dans une langue que la personne comprend. En effet, une préparation adéquate de la défense suppose une connaissance effective de ce qui est reproché. L’information doit, dès lors, être comprise de la personne. La Convention européenne reconnaît ainsi à toute personne soumise à une mesure privative de liberté un droit à un interprète. La Cour européenne des droits de l’homme entend cette disposition de manière extensive. Ainsi, elle considère que l’article 5§2 implique de communiquer ces informations dans « un langage simple » afin que l’individu puisse contester la légalité de la privation de liberté devant un tribunal². Ceci suppose, par conséquent, que la personne soumise à une mesure de contrainte se voit communiquer ces informations dans un langage courant, le langage juridique étant souvent obscur pour tout citoyen « lambda ». De cette nécessité de comprendre l’information donnée, certains auteurs déduisent l’obligation de l’assistance par un avocat³. Toutefois, la Cour européenne des droits de l’homme ne semble pas aller aussi loin dans son interprétation de ce droit. En effet, si elle reconnaît le droit à l’assistance d’un avocat lors de l’interrogatoire de garde à vue, elle se fonde sur l’article 6§3 et non sur l’article 5§2⁴. L’article 5§2 ne concerne que les privations de liberté. Toutefois, le droit à un interprète est plus large. L’article

¹ Depuis le 1^{er} janvier 2011, la demande d’actes doit être formulée avant l’expiration du délai d’un mois ou de trois mois prévu par le troisième alinéa de l’article 175.

² CEDH 30 août 1990, Fox, Campbell et Hartley contre Royaume-Uni, Requêtes n° 12244/86, 12245/86 et 12383/86, §40.

³ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, PUAM, 2004, n°390.

⁴ CEDH 8 février 1996, John Murray contre Royaume-Uni, Requête n° 18731/91 ; CEDH 27 novembre 2008, Salduz contre Turquie, Requête n° 36391/02.

6§3 e) prévoit, en effet, que « tout accusé a droit notamment à [...] se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ». Certes, le texte conventionnel ne vise que l'audience. Toutefois, rappelons-le, la Cour européenne des droits de l'homme a étendu depuis longtemps le champ d'application de l'article 6§3 à la phase préalable. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime que serait contraire à un procès équitable une procédure dont la phase préalable aurait été menée sans que la personne mise en cause n'ait pu bénéficier d'un droit à l'interprète¹. Ce droit suppose notamment le droit d'obtenir gratuitement une traduction écrite des documents indispensables à un procès équitable². Dès lors, l'ensemble des mesures de contrainte pourraient être concernées.

575. S'inspirant de cette jurisprudence, le 9 mars 2010, sur le fondement de l'article 82 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne³, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales a été émise. Cette proposition « vise à définir des normes minimales communes concernant le droit de bénéficier de services d'interprétation et de traduction dans le cadre des procédures pénales dans l'ensemble de l'Union européenne. Il s'agit du premier volet d'une série de mesures exposées dans la feuille de route relative aux droits procéduraux, qui a été adoptée par le Conseil le 30 novembre 2009 et invite la Commission à soumettre des propositions de manière progressive »⁴. Cette proposition s'applique à toute personne suspectée de la phase préalable à son jugement. Elle vise à consacrer « le principe fondamental selon lequel une interprétation doit être assurée pendant la phase d'instruction et la phase judiciaire de la procédure, c'est-à-dire durant les interrogatoires de police, le procès, les audiences en référé et les recours éventuels ». La personne a le droit, selon cette proposition, de recevoir la traduction de tous les « documents essentiels », c'est-à-dire « toute décision portant privation de liberté, l'acte d'accusation, les preuves documentaires clés et tout jugement ». L'objectif est de permettre au

¹ CESDH 28 novembre 1978, Luedicke Belkacem et Koç contre Allemagne, Requêtes n° 6210/73, 6877/75 et 7132/75.

² CEDH 19 décembre 1989, Kamasinski contre Autriche, Requête n° 9783/82.

³ « [D]ans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres.

Elles portent sur:

a) l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres;

b) les droits des personnes dans la procédure pénale; [...] »

⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales du 9 mars 2010, COM(2010) 82 final, 2010/0050 (COD).

suspect de connaître dans le détail les accusations portées contre lui afin de préparer au mieux sa défense. En ce sens, il est possible de considérer que les décisions de placement en garde à vue, sous contrôle judiciaire, en détention provisoire ou d’assignation à résidence devraient être traduites. De même, les transcriptions des écoutes téléphoniques ou sonorisations ou les procès-verbaux des interrogatoires semblent correspondre à ces « preuves documentaires clés » que cite la proposition. Cette dernière rappelle également que les frais d’interprétation et de traduction doivent être supportés par l’Etat. Celui-ci a, en outre, l’obligation fondamentale d’assurer la qualité de la traduction et de l’interprétation. La proposition de directive tend également à la reconnaissance d’un droit au recours contre toute décision refusant la traduction ou l’interprétation au suspect ainsi que contre toute traduction ou interprétation se révélant « à ce point médiocre qu’elle peut être assimilée à une absence d’interprétation ». La renonciation à ce droit ne devrait être considérée comme valable que si elle est sans ambiguïté et si elle est donnée après l’obtention d’une assistance juridique. L’ensemble de ces propositions ont été reprises par la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010. Elle doit être transposée au plus tard le 27 octobre 2013. Le législateur français devra ainsi compléter les dispositions actuelles.

576. La compréhension par le gardé à vue. Une nouvelle fois, le droit de comprendre ce qui est reproché a été reconnu par le législateur français dans un premier temps aux individus placés en garde à vue ou mis en examen. En vertu de l’article 63-1 du Code de procédure pénale, la notification des droits doit être effectuée « dans une langue qu’elle comprend ». Cette disposition, issue de la loi du 4 janvier 1993, a été complétée par la loi du 9 mars 2004. Celle-ci précise que cette information peut « le cas échéant [se faire] au moyen de formulaires écrits ». Sur ce point la loi du 14 avril 2011 n’a pas modifié l’article 63-1.

Par ailleurs, en vertu de la loi du 15 juin 2000, entrée en vigueur sur ce point le 1^{er} janvier 2001, « si cette personne est atteinte de surdité et qu’elle ne sait ni lire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité ». Selon la

circulaire du 4 décembre 2000¹, contrairement à l'interprète présent lors de l'instruction ou à l'audience de jugement, l'interprète en langue des signes présent lors de la garde à vue n'est pas nécessairement assermenté. En revanche, il est soumis au respect du secret de l'enquête et de l'instruction de l'article 11 du Code de procédure pénale, la circulaire considérant ainsi l'interprète comme « concourant à la procédure ». En écartant l'obligation de recourir à un interprète assermenté, le législateur semble avoir privilégié l'effectivité de cette disposition. En effet, au regard des faibles délais impartis lors du placement en garde à vue, il peut être difficile de disposer d'un interprète assermenté. D'ailleurs, dans le même souci d'effectivité semble-t-il, la circulaire poursuit en précisant qu'« en pratique, les enquêteurs pourront requérir toute personne qualifiée d'un institut de soins ou d'enseignement pour personnes atteintes de surdité, mais, en cas de nécessité, il pourra également être fait appel à des proches de la personne gardée à vue qui maîtrisent le langage des signes, dans la mesure où un tel recours est compatible avec les nécessités de l'enquête en cours ». La circulaire exige, par conséquent, le recours à un tiers.

En revanche, la Chambre criminelle de la Cour de cassation valide par exemple le recours à un autre membre des services de police judiciaire pour traduire une langue étrangère en l'absence de tout interprète assermenté disponible². La Chambre criminelle de la Cour de cassation se montre ainsi moins protectrice du droit de comprendre. En effet, si cela constitue une facilité pratique, cela risque d'attirer la suspicion à l'égard des services de police. Il n'est pas certain que la loi du 14 avril 2011 renforce les droits de l'individu sur ce point. En effet, elle reprend les termes de la loi de 2000. Une petite précision est, certes, apportée en ce que l'interprète doit maîtriser « un langage ou une méthode permettant de communiquer avec » le gardé à vue et non plus simplement avec « les sourds ». Une véritable adaptation au gardé à vue est ainsi exigée. Cependant, cela ne permet pas d'envisager la fin de la jurisprudence précitée. Au contraire, l'appel à un proche permet de s'assurer que l'interprète désigné maîtrise un langage que le gardé à vue comprend.

La Cour de cassation semblait considérer que le droit à un interprète n'impliquait par un droit à la présence physique de celui-ci³. Aussi, une juridiction du fond n'a-t-elle pas hésité à valider la notification des droits à un gardé à vue par un interprète par téléphone. La juridiction du fond estimait que ce procédé était justifié par les circonstances, l'interprète pouvant mettre un certain temps pour se rendre dans les locaux des services de police « surtout lorsque, comme en l'espèce,

¹ Circulaire n° CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire.

² Crim. 26 mai 1999, *Procédures* 1999 Comm. n°237 note BUISSON (J.).

³ Civ. 2^e 10 octobre 2002, *Bull.* n°215.

le placement en garde à vue intervient à 7 heures 40 un samedi matin ». Toutefois, procédant à une interprétation stricte de l’article 706-71 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation a cassé cette décision au motif que le recours à des moyens de télécommunication ne peut, en vertu de cet article n’avoir lieu qu’en cas d’impossibilité pour l’interprète de se déplacer. Tel n’était pas, selon la Cour de cassation, le cas en l’espèce¹. La Cour de cassation semble ainsi opérer une évolution dans un sens plus protecteur du droit de comprendre. Cette décision peut s’expliquer par le contexte particulier de cette espèce, le gardé à vue étant un étranger en situation irrégulière dont la reconduite à la frontière lui a été notifiée pendant cette mesure. Il reste toutefois à espérer que la Chambre criminelle de la Cour de cassation adopte la même ligne de conduite que les Chambres civiles. Conformément à la lettre des différentes dispositions applicables en la matière, le gardé à vue bénéficie d’un droit à la présence physique d’un interprète. Ce n’est qu’en cas d’impossibilité insurmontable que les services de police peuvent avoir recours à un mode de télécommunication. De même, l’article 63-1 du Code de procédure pénale semble considérer comme une exception à la présence physique d’un interprète la notification par document écrit, cette dernière pouvant avoir lieu « le cas échéant ». L’effectivité du droit de comprendre imposerait que ce moyen ne soit utilisé qu’en cas d’impossibilité insurmontable. En effet, seule la présence physique d’un interprète peut permettre à celui-ci de s’assurer que la personne a réellement compris les droits notifiés. La loi du 14 avril 2011 n’apporte aucune modification sur ce point.

577. La compréhension par le mis en examen. L’article 121 alinéa 2 du Code de procédure pénale, quant à lui, renvoie à l’article 102 prévoyant le recours à un interprète, y compris, depuis la loi du 15 juin 2000, en langue des signes, lors des interrogatoires au cours de l’instruction. Contrairement à l’interprète en garde à vue, celui-ci doit soit être assermenté, soit prêter serment². En effet, ici il n’y a plus l’impératif de rapidité de la garde à vue. Le juge d’instruction, planifiant à l’avance les interrogatoires, peut sans difficultés convoquer préalablement un interprète. Les articles 102 et 121 semblent imposer le recours à un interprète lorsque la personne est atteinte de surdité. En effet, le texte prévoit que dans ce cas « le juge d’instruction nomme » un interprète. En revanche, dans les autres hypothèses, il ne s’agit que d’une simple possibilité. Le législateur semble, par conséquent, moins exigeant sur ce point que lors des gardes à vue pour lesquelles il a

¹ Civ. 1^{ère} 12 mai 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°289 note CHAVENT-LECLERE (A.S.).

² En ce sens voir Crim. 27 octobre 2009, *Procédures* 2010 Comm. n°55 obs. BUISSON (J.).

toujours choisi une formule impérative. Même si la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une obligation pour le juge d'instruction, le refus d'une demande d'interprète devant être motivé¹, cette maladresse de rédaction est regrettable au regard du caractère équitable de la procédure.

578. Le degré de compréhension. La question se pose de la détermination du degré de compréhension de la langue exigé de la personne pour autoriser le recours à un interprète. S'agissant du mis en examen, à l'inverse des dispositions relatives aux audiences devant les juridictions de jugement, rien n'indique si la personne peut seulement parler « insuffisamment la langue française », comme devant le tribunal correctionnel, ou si la personne ne doit pas parler ou comprendre la langue française, comme devant la Cour d'assises². Afin d'éviter toute difficulté, il conviendrait que le législateur précise ce point. La loi du 14 avril 2011, s'agissant du gardé à vue, exige que la personne ne comprenne pas le français. Il semble, par conséquent, qu'une connaissance imparfaite de la langue n'ouvre pas droit à un interprète. Une meilleure protection des droits de la défense nécessiterait que le législateur se montre plus exigeant en la matière.

De plus, il semble que les dispositions internes ne s'attachent pas à la qualité de la traduction ou de l'interprétation ni ne reconnaissent un recours en cas d'absence réelle ou assimilée de celles-ci. En outre, le droit français ne prévoit pas pour l'instant la possibilité d'obtenir gratuitement l'interprétation de documents écrits tels que les transcriptions des écoutes téléphoniques par exemple. Le droit à un interprète est ainsi limité à certaines mesures de contrainte privatives de liberté. D'ailleurs, le droit à un interprète ne fait pas partie des droits reconnus par l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Ce droit ne devrait-il pas également être reconnu par exemple dans le cadre des perquisitions, en particulier lorsque le consentement de la personne est une condition de légalité de la mesure ? En effet, comment ce consentement pourrait-il être considéré libre et éclairé si la personne ne comprend pas la langue française ? Le droit interne semble, dès lors, être loin de remplir les objectifs de la proposition de directive évoquée précédemment. Le droit français doit ainsi largement évoluer. L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit l'introduction dans les dispositions générales de la possibilité pour toute personne suspectée ou poursuivie d'être « le cas échéant [...] assistée d'un interprète ».

¹ Crim. 6 décembre 1994, *Bull.* n°394, *Dr. Pén.* 1995 Comm. n° 74 note MARON (A.).

² Pour plus de détails sur l'absence d'effectivité du droit à l'interprète pour le mis en examen voir PEREIRA (B.), *L'amélioration des droits du mis en examen*, ANRT, Thèse à la carte, 2002, n°165 à 178.

La loi du 14 avril 2011 a étendu à la retenue douanière les dispositions de l’article 63-1 relatives à la compréhension des droits.

579. Toutefois, si sous certaines conditions l’individu contraint est titulaire d’un certain droit à l’information, la mise en œuvre de ce dernier reste minimale.

B- Une information à la mise en œuvre minimale

580. Régulièrement l’information du gardé à vue est retardée (1°) En outre, le mis en examen est informé à des moments variables voir de manière tardive (2°).

1°/ L’information du gardé à vue

581. Les circonstances insurmontables. Bien que la preuve de la notification des droits soit parfois difficile à établir¹, le législateur se montre exigeant quant au moment de cette notification au gardé à vue². Cette notification doit intervenir « immédiatement ». Le suspect doit ainsi être informé de ses droits dès le placement en garde à vue. Sur ce point le législateur français semble, par conséquent, plus exigeant que la Convention européenne des droits de l’homme. En effet, cette information, selon l’article 5§2, doit être donnée « dans le plus court délai ». La convention n’exige pas une information dès le début d’une mesure privative de liberté. Comme l’a souligné la cour suprême des Etats-Unis dans l’arrêt Miranda « l’accusé qui ne connaît pas ses droits et ainsi ne demande pas l’assistance d’un conseil est peut-être la personne qui en a le plus besoin [...] on ne peut pénaliser l’accusé qui ignorant ses droits constitutionnels n’en fait pas la demande [...]

¹ En ce sens dans le cadre du petit dépôt voir Rép. min. n° 51373, JOAN Q 18 août 2009 p. 8135.

² Sur ce point voir STAEGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, Thèse Lyon 3, 2002, p. 388 à 390 et p. 392 à 395.

cela donnerait l'avantage à l'accusé dont la sophistication ou le statut le rendrait par pur hasard capable d'exercer ses droits »¹.

582. Certes, le législateur n'a pas prévu de sanction en cas de retard de la notification. Cependant, la Cour de cassation estime, de manière constante, que tout retard non justifié par une circonstance insurmontable porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée et entraîne dès lors la nullité de la garde à vue², même si la personne n'a pas été entendue entre le moment de son placement en garde à vue et la notification de ses droits³. De même, en cas de modification de régime de garde à vue au cours de la mesure, les droits doivent immédiatement être de nouveau notifiés⁴. Il y a, en quelque sorte, nullité pour grief intrinsèque. Certaines juridictions du fond n'hésitent pas à se montrer extrêmement strictes quant à l'application de l'article 63-1. Ainsi, la Cour d'appel de Montpellier a considéré qu'était nulle la garde à vue d'un suspect ayant reçu notification de ses droits lors de son arrivée dans les locaux de police quinze minutes après son interpellation, aucune circonstance insurmontable ne justifiant ce retard selon elle. La Cour de cassation a toutefois cassé cette décision au visa des articles 63 et 63-1⁵. Il existe ainsi, en quelque sorte, un délai de tolérance. La question est, toutefois, de savoir où se situe la limite.

Au regard de la jurisprudence, ces circonstances insurmontables peuvent être définies comme des « situations objectives, indépendantes de la volonté des policiers, rendant impossible ou artificielle la notification des droits »⁶. Il peut, par exemple, s'agir de tout fait momentané diminuant la capacité de compréhension de la personne. Ainsi, le 27 mai 1999, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé la décision d'une chambre d'accusation ayant rejeté la nullité d'une garde à vue fondée sur la tardiveté de la notification des droits. La chambre d'accusation avait relevé que « les constatations des policiers selon lesquelles [le suspect] était manifestement en état d'ébriété lors de son interpellation, puis affirmé que la preuve d'un tel état n'était pas rapportée

¹ VROOM (C.), « La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux Etats-Unis », *RSC* 1988 p. 487 à 507.

² Crim. 30 avril 1996, *Bull.* n°182, *RSC* 1996 p. 879 obs. DINTILHAC (J.P.) ; Crim. 3 décembre 1996, *Bull.* n°443, *Procédures* 1997 Comm. n°68 note BUISSON (J.) ; Crim. 18 juin 1998, *Bull.* n°200, *Procédures* 1999 Comm. n°15 note BUISSON (J.) ; Crim. 14 décembre 1999, *Bull.* n°302, *Procédures* 2000 Comm. n°44 note BUISSON (J.), *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°39 note MARON (A.).

³ Crim. 10 mai 2000, *Bull.* n°182.

⁴ Par exemple lorsqu'une personne initialement placée en garde à vue pour un simple délit se voit notifier quelques heures plus tard une garde à vue pour trafic de stupéfiant. Voir en ce sens Crim. 24 juin 2009, *Procédures* 2009 Comm. n°427 obs. BUISSON (J.) ; *AJ pén.* 2009 p. 413 obs. LASSERRE CAPDEVILLE (J.).

⁵ Civ. 1^{ère} 27 mai 2010, *JCP* 2010 act. 627.

⁶ BÜCK (V.), « Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue L'exemple du contentieux relatif à la notification immédiate des droits », *RSC* 2001 p. 325 à 340.

en se référant à deux certificats médicaux dont l’un avait pour seul objet de déterminer la nécessité d’une hospitalisation et dont l’autre avait été délivré au cours de la garde à vue après dégrisement de l’intéressé ». Les motifs de la chambre d’accusation, contradictoires, montraient l’état d’ébriété de l’individu. En raison de cet état, la personne placée en garde à vue ne pouvait comprendre ses droits. La notification devait dès lors être retardée¹.

Des circonstances de fait extérieures peuvent également être retenues. Un arrêt du 10 avril 1996² est régulièrement présenté comme un exemple de telles circonstances insurmontables. Il s’agissait en l’occurrence du siège du commissariat par des manifestants. Cependant, à la lecture de l’arrêt cette décision ne paraît pas aussi claire. En effet, la Cour de cassation considère qu’une cour d’appel a légalement justifié le rejet de la demande de nullité soulevée parce que le retard de la notification était dû à la multiplication des arrestations s’étant succédées en moins d’une heure et demie et ayant empêché les policiers de procéder à la notification. Ce n’est donc pas tant le siège du commissariat que la suractivité des services de police qui justifie ce retard. En revanche, la nécessité de transférer la personne dans les locaux de police ne saurait justifier un retard de la notification des droits. Celle-ci peut, en effet, dans un premier temps, être effectuée oralement, la consignation par procès-verbal intervenant plus tard³. Il est vrai que l’article 63-1 indique seulement que « mention de cet avis est portée au procès-verbal ». La lettre de cet article n’impose donc pas une notification par écrit. Certains auteurs estiment, toutefois, que cette notification orale n’est envisageable que si la notification écrite immédiate n’est pas possible⁴. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a d’ailleurs retenu la nullité de la garde à vue lorsque la notification des droits a été faite par écrit plusieurs heures après la notification orale du placement en garde à vue dès lors qu’aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait ce retard⁵.

583. Le placement rétroactif en garde à vue. Seul un placement « officiel » en garde à vue déclenche l’obligation d’information. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a

¹ Crim. 27 mai 1999, *Procédures* 1999 Comm. n°258 note BUISSON (J.). Sur ce point voir également MARSAT (C.), « L’état d’ébriété est une circonstance insurmontable qui permet de différer la notification des droits », *Dr. Pén.* 2001 Chr. n°23 ; SERRATRICE-COUTTENIER (B.), « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », *RSC* 1998 p. 465 à 478. Dans le même sens voir Crim. 10 mai 2000, *JCP* 2000 IV 2418 ; Crim. 19 mai 2009, *Procédures* 2009 Comm. n°336 obs. BUISSON (J.). Voir également MARON (A.), « La garde à vue fait une poussée de bourbouille », *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°5 ; Nîmes 13 janvier 2011, *JCP* 2011 Act. 672 ; Nîmes 18 janvier 2011 *JCP* 2011 Act. 673.

² Crim. 10 avril 1996, *Procédures* 1996 Comm. n°229 note BUISSON (J.).

³ Crim. 9 février 2000, *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°79 note MARON (A.) ; Crim. 19 décembre 2000, *Dr. Pén.* 2001 Comm. n°55 note MARON (A.).

⁴ Note BUISSON (J.), sous Crim. 18 juin 1998, *Procédures* 1999 Comm. n°15.

⁵ Crim. 13 avril 1999, *Procédures* 1999 Comm. n°185 note BUISSON (J.).

considéré que la nullité de l'audition d'une personne fondée sur l'absence de notification des droits ne pouvait être retenue dès lors que cette personne avait été entendue à l'issue de sa rétention en chambre de sûreté sans être placée en garde à vue¹. Si cette jurisprudence s'explique par l'autonomie de régime prévue par le législateur en matière de rétention en chambre de sûreté, elle est toutefois contestable comme l'a souligné Monsieur Maron². En effet, au regard de la définition de la garde à vue, il était possible de considérer que cette mesure devait être notifiée, la personne ayant été conduite de manière coercitive dans les locaux de police puis auditionnée. Un placement rétroactif en garde à vue aurait pu être envisagé. En cas de placement rétroactif en garde à vue, la Cour de cassation considère logiquement qu'il n'y a pas de retard injustifié de la notification des droits dès lors que celle-ci a lieu dès la notification officielle de la garde à vue. Ainsi, si le placement en garde à vue est notifié à l'issue d'une perquisition, la Cour de cassation considère qu'il n'y a pas de retard injustifié de la notification des droits lorsque celle-ci a lieu en même temps que la notification du placement, alors même que, dans un souci de protection de la liberté individuelle, il a été précisé que le placement en garde à vue s'effectuait de manière rétroactive au début de la perquisition³. Dans le même sens, dans un arrêt du 13 novembre 1996⁴, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a dû statuer sur un moyen invoquant la violation notamment de l'article 5§2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, une personne avait accepté de se rendre dans les locaux de police, où elle avait été entendue pendant deux heures puis avait été placée en garde à vue. Les officiers de police judiciaire ont fixé de manière rétroactive le début de la garde à vue à l'arrivée de la personne dans les locaux de police. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris a refusé d'annuler la garde à vue aux motifs qu'« en procédant à l'audition [du suspect], le 5 avril 1994, sans lui préciser immédiatement la nature des accusations portées contre lui par sa fille mineure B., les services de police n'ont pas porté atteinte aux intérêts [du suspect] qui n'a, à ce stade de la procédure, passé aucun aveu ni fourni aucune indication compromettante ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé cette solution ultérieurement⁵. Si cette solution paraît logique dans la mesure où la notification des droits suppose un placement effectif en garde à vue, la pratique du placement rétroactif en garde à vue, bien que protectrice de la liberté

¹ Crim. 9 septembre 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°16 note MARON (A.). Décision confirmée par Crim. 26 novembre 2003, *Dr. Pén.* 2004 Comm. n°57 note MARON (A.).

² *Ibid.*

³ Crim. 14 octobre 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°30 note MARON (A.), *Procédures* 1999 Comm. n°47 note BUISSON (J.) ; Crim. 19 janvier 2000, *Bull.* n°33 ; Crim. 16 février 2000, *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°50 ; Crim. 10 mai 2000, *Bull.* n°180 ; Crim. 12 décembre 2000, *Dr. Pén.* 2001 Comm. n°38 note MARON (A.).

⁴ Crim. 13 novembre 1996, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°71 note MARON (A.).

⁵ Dans le même sens Crim. 10 mai 2001, *Dr. Pén.* 2002 Comm. n°11 note MARON (A.).

individuelle, entraîne de nombreuses difficultés au regard de la protection des droits de la défense. D’ailleurs, un autre arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît également extrêmement contestable. Dans cette affaire, une personne avait accepté de suivre les officiers de police judiciaire au commissariat. Après avoir été entendu pendant, là encore, presque deux heures, elle a reçu notification de son placement en garde à vue à compter de son arrivée dans les locaux de police. Reprenant sa jurisprudence précédente, la Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme la décision de la chambre d’accusation ayant rejeté la requête en nullité fondée sur une notification tardive des droits. Il convient, toutefois, de noter que les officiers de police judiciaire avaient, dès l’arrivée de la personne mise en cause dans les locaux de police, informé le procureur de la République de son placement en garde à vue. Par conséquent, il semble que les services de police considéraient que le placement en garde à vue avait eu lieu dès l’arrivée dans ces locaux et non de manière rétroactive. La notification des droits et du placement en garde à vue ne pouvait alors qu’être déclarée tardive¹.

584. Selon la circulaire du 4 décembre 2000, en cas de cumul de gardes à vue dans une même affaire, à chaque placement en garde à vue la notification des droits doit être réitérée. Cette solution permet d’assurer l’effectivité de ces droits. La question se complique lorsque la garde à vue est cumulée avec un autre type de mesures de contrainte. Quand la notification doit-elle avoir lieu lorsque la personne fait l’objet, par exemple d’une rétention douanière ou d’une vérification d’identité, avant son placement en garde à vue ? La durée de ces mesures étant imputée sur celle de la garde à vue, la pratique a régulièrement recours là encore à un placement rétroactif en garde à vue. Aussi, il semble que la Cour de cassation ne puisse que refuser de considérer qu’il y aurait retard injustifié de la notification dès lors que celle-ci aurait lieu dès l’indication du placement en garde à vue. Le placement rétroactif est une nouvelle fois justifié par la volonté de limiter les atteintes à la liberté individuelle et de faire bénéficier l’individu au plus tôt du régime protecteur de la garde à vue. Le retard de la notification est par définition justifié. En revanche, si une personne est officiellement placée en garde à vue, l’exécution simultanée d’une autre mesure de contrainte ne peut justifier le retard de la notification des droits. Ainsi, dans un arrêt du 18 juin 1998, la Cour de cassation a cassé la décision d’une chambre d’accusation ayant refusé de prononcer la nullité d’une garde à vue dans l’hypothèse où le placement en garde à vue a été notifié dès le début d’une perquisition effectuée au domicile d’une personne mise en cause alors qu’il a été précisé à cette personne que ses droits lui seraient « notifiés par procès-verbal dans les

¹ Crim. 2 décembre 1998, *Dr. Pén.* 1999 Comm. n°94 note MARON (A.).

meilleurs délais ». La notification avait finalement eu lieu à l'issue de la perquisition juste avant la conduite de la personne dans les locaux de police¹. Dans une affaire similaire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que « la nécessité de faire procéder à une perquisition indispensable à la manifestation de la vérité, et le délai de transfert de l'intéressé dans les locaux de police, ne [peuvent] justifier un tel retard de la notification des droits »². La notification orale des droits pouvait parfaitement avoir lieu en même temps que celle du placement en garde à vue. L'exécution d'une autre mesure de contrainte ne peut constituer une circonstance justifiant le retard. Le caractère exceptionnel fait défaut.

2°/ L'information du mis en examen

585. Une information à des moments variés. La mise en examen est le préalable nécessaire de la détention provisoire, de l'assignation à résidence et du contrôle judiciaire. Cependant, le moment de la notification des droits varie selon les modalités de la mise en examen. Les lois du 4 janvier³ et du 24 août 1993⁴ ainsi que du 15 juin 2000⁵ ont renforcé l'information de la personne mise en examen. Avant les réformes de 1993, seule l'inculpation lors de l'interrogatoire de première comparution permettait d'informer l'inculpé de ses droits et de ce qui lui était reproché. La loi du 24 août 1993 a modifié l'article 80-1 du Code de procédure pénale. Dans cette rédaction, cet article disposait que « le juge d'instruction a[vait] le pouvoir de mettre en examen toute personne à l'encontre de laquelle il exist[ait] des indices laissant présumer qu'elle a[vait] participé, comme auteur ou complice, aux faits dont il [était] saisi. La mise en examen résult[ait] de l'interrogatoire de première comparution prévu par l'article 116 ou la délivrance de l'un des mandats prévus par les articles 122 à 136⁶. [...] Le juge d'instruction [pouvait] également procéder à la mise en examen d'une personne par l'envoi d'une lettre recommandée ». Cette lettre permettait la notification des droits. « [Valait] également mise en examen la notification à une personne, par un officier de police judiciaire agissant sur instructions du juge d'instruction, des mentions prévues par le présent alinéa. Cette notification [était] constatée par un procès-verbal

¹ Crim. 18 juin 1998, *Procédures* 1999 Comm. n°15 note BUISSON (J.). Dans le même sens Crim. 14 décembre 1999 (2 arrêts), *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°39 note MARON (A.), *Procédures* 2000 Comm. n°44 BUISSON (J.) ; Crim. 19 janvier 2000, *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°81 note MARON (A.).

² Crim. 17 mai 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°205 note BUISSON (J.).

³ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁴ Loi n°93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁵ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁶ Toutefois, la personne à l'encontre de laquelle a été délivré un mandat d'amener ou d'arrêt ne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen qu'à compter de sa première comparution.

signé par la personne qui en re[cevait] copie ». Il était, dès lors, possible de s’interroger sur l’effectivité de la défense lorsque la mise en examen ne se faisait pas de manière préalable mais au cours de la première comparution, l’avocat n’ayant que peu de temps pour prendre connaissance des faits¹.

586. Afin d’assurer l’effectivité des droits de la défense, la loi du 15 juin 2000 a avancé cette information. En effet, depuis cette loi, l’article 80-2 du Code de procédure pénale dispose que « le juge d’instruction peut informer une personne par lettre recommandée qu’elle est convoquée, dans un délai qui ne peut être inférieur à dix jours ni supérieur à, [depuis la loi du 9 septembre 2002], deux mois, pour qu’il soit procédé à sa première comparution dans les conditions prévues à l’article 116 ». Cette lettre « fait connaître à la personne » ses différents droits. Depuis la loi du 30 décembre 2000², en vertu de l’alinéa 5 de l’article 116, la personne qui vient d’être mise en examen lors de la première comparution doit être informée de « ses droits »³. Cette convocation peut également être notifiée par un officier de police judiciaire.

587. La mise en examen tardive. L’information du mis en examen, aussi avancée qu’elle soit par le législateur, renvoie à la question récurrente des mises en examen tardives. La mise en examen attribuant le statut de partie, est considérée comme un acte créateur de droits. La mise en examen est, par conséquent, une étape fondamentale pour les droits de la défense. Aussi, les mises en examen tardives sont-elles sources de nullité pour grief⁴. Jusqu’en 1993, la nullité ne pouvait être retenue que si le juge avait eu le « dessein de faire échec aux droits de la défense »⁵. Il fallait ainsi relever une véritable intention de porter atteinte aux droits de la défense de la part du juge. Cette condition a été supprimée par la loi du 4 janvier 1993⁶. Toutefois, toute la difficulté est de déterminer à partir de quel moment la mise en examen est tardive. En effet, il résulte de la lettre de l’article 105 du Code de procédure pénale⁷ que, même en présence d’indices graves et

¹ Pour plus de développements sur cette modification de la première comparution voir MOEYAERT (P.), *Le droit à l’avocat dans le procès pénal Contribution à l’étude des droits de la partie poursuivie*, ANRT, Thèse à la carte, 2002, n°74 à 76.

² Loi n°2000-1354 relative à l’indemnisation des condamnés reconnus innocents.

³ A compter du 1^{er} janvier 2011, la demande d’actes devra être formulée avant l’expiration du délai d’un mois ou de trois mois prévu par le troisième alinéa de l’article 175.

⁴ Crim. 1^{er} septembre 1987, *Bull.* n°308 ; Crim. 11 juillet 1995, *Bull.* n°255 ; Crim. 14 janvier 2003, pourvoi n°02-87.062.

⁵ Article 105 du CPP en sa rédaction issue de l’ordonnance du 13 février 1960.

⁶ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁷ « Les personnes à l’encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d’avoir participé aux faits dont le juge d’instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins ».

concordants, si aucune audition n'est envisagée, ni la mise en examen ni le statut de témoin assisté ne sont obligatoires. Le juge bénéficie ainsi d'un certain pouvoir d'appréciation¹. Celui-ci conduit à émettre certaines réserves au regard de l'effectivité des droits de la défense. Cependant, en vertu de l'article 113-6 alinéa 2, le statut de témoin assisté est parfaitement possible. L'atteinte aux droits de la défense est dans ce cas moindre, le témoin assisté bénéficiant de droits proches de ceux du mis en examen, notamment le droit d'être assisté d'un avocat.

588. Le contexte de la mise en œuvre de la contrainte probatoire conduit ainsi à une restriction du droit à l'information. En outre, le recours à un avocat prend un aspect particulier dans ce contexte.

§2- Le droit à l'assistance d'un avocat

589. Le droit à l'assistance d'un avocat en cas de contrainte a, initialement, été défini *a minima* en droit interne (A). A cette première définition s'ajoute, désormais, la définition retenue dans le cadre de la garde à vue par la loi du 14 avril 2011² consacrant un droit à la présence d'un avocat lors des interrogatoires au cours de la phase policière (B).

A- Une définition initiale a minima

590. Au cours de la phase préalable de la procédure pénale, le droit à l'assistance d'un avocat ne s'est longtemps manifesté que sous la forme de la liberté de communication avec un avocat (1°). L'individu contraint ne bénéficiait pas réellement d'un « droit à » mais plutôt, en l'occurrence, d'une liberté. Par la suite, le droit à l'assistance d'un avocat est devenu un véritable « droit à » de l'individu contraint. Toutefois, ce droit était limité puisqu'il s'agissait simplement du droit à s'entretenir avec un avocat (2°).

1°/ La liberté de communication avec un avocat

¹ Crim. 14 février 1984, *Bull.* n°136.

² Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

591. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, la personne mise en cause doit pouvoir communiquer librement avec son avocat¹. Cette liberté de communication influence l’organisation matérielle de la détention provisoire. En outre, cette liberté de communication implique une protection des échanges entre le suspect et l’avocat. Cette protection conduit à limiter la mise en œuvre de certaines mesures de contrainte.

592. L’organisation matérielle de la détention provisoire. La liberté de communication avec un avocat, corollaire indispensable à l’effectivité du droit à l’assistance d’un avocat, ne doit pas être entravée par l’incarcération de la personne mise en cause. Ainsi, en vertu de l’article D.67 du Code de procédure pénale, « conformément aux dispositions des articles 145-4 et 716, les prévenus peuvent communiquer librement avec leur conseil verbalement ou par écrit, et toutes facilités compatibles avec les exigences de la discipline et de la sécurité de l’établissement pénitentiaire leur sont accordées pour l’exercice de leur défense. Ni l’interdiction de communiquer visée à l’article 145-4, ni les sanctions disciplinaires, de quelle que nature qu’elles soient, ne peuvent supprimer ou restreindre cette faculté de libre communication avec le conseil ». De même, l’article D.68 du Code de procédure pénale dispose que « le défenseur régulièrement choisi ou désigné, agissant dans l’exercice de ses fonctions, et sur présentation d’un permis portant mention de sa qualité, communique librement avec les prévenus, en dehors de la présence d’un surveillant, et dans un parloir spécial. A moins de dérogations motivées par l’urgence, les visites du conseil peuvent avoir lieu tous les jours, aux heures fixées par le règlement intérieur de l’établissement après avis du bâtonnier de l’ordre des avocats ». Enfin, l’article D.69 prévoit que « les lettres adressées sous pli fermé par les prévenus à leur défenseur, ainsi que celles que leur envoie ce dernier, ne sont pas soumises au contrôle visé à l’article D.416, s’il peut être constaté sans équivoque qu’elles sont réellement destinées au défenseur ou proviennent de lui. A cet effet, les mentions utiles doivent être portées sur leur enveloppe pour indiquer la qualité et l’adresse professionnelle de leur destinataire ou de leur expéditeur ». A ce titre, lorsque des correspondances comportant un cachet mentionnant le nom, l’adresse et la qualité de l’avocat d’un détenu, sont parvenues au détenu ouvertes à la suite d’une erreur de tri, la responsabilité de l’Etat peut être engagée². Cependant, toutes ces garanties de la liberté de communication sont subordonnées au respect de l’organisation interne des établissements pénitentiaires. La liberté de

¹ CEDH 16 octobre 2001, Brennan contre Royaume-Uni, Requête n° 39846/98.

² TA Versailles, 10 octobre 1997, D. 1998 IR p21.

communication n'est ainsi, en quelque sorte, qu'une simple obligation de moyen des services pénitentiaires. Si cela peut se comprendre, il ne faut pourtant pas que l'organisation pénitentiaire devienne un obstacle à l'effectivité de la liberté de communication avec l'avocat. A défaut, le droit à l'assistance d'un avocat ne saurait être effectif. Le rapport d'activité pour 2010 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté propose d'ailleurs l'aménagement de locaux dédiés aux entretiens avec les avocats garantissant la confidentialité et de prévoir par voie de circulaire « les normes matérielles et d'organisation des locaux »¹.

593. Une limite à certaines mesures de contrainte. La loi du 31 décembre 1971² a affirmé la liberté de communication avec son avocat. Selon l'article 66-5 de cette loi, « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ». Cette disposition est interprétée de manière stricte et ne concerne que les communications entre la personne mise en cause et son avocat. Ainsi, la Cour de cassation considère que cette liberté ne permet pas d'obtenir la nullité des procès-verbaux de retranscription d'écoutes téléphoniques mises en place au domicile d'un proche de la personne mise en cause même si cela a permis d'intercepter les communications de ce proche avec l'avocat de la personne mise en examen³.

594. Cette idée de protection de la liberté de communication entre un avocat et son client se retrouve dans l'organisation des perquisitions effectuées dans un cabinet d'avocat. En effet, le législateur, à la suite de la jurisprudence, a mis en place un système extrêmement protecteur. Dès 1886, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est opposée à la saisie des documents transmis par un suspect à son conseil. Elle estimait que « le droit de saisie rencontr[e] une limite dans le droit supérieur de la défense, qui commande d'affranchir de toute entrave les communications des accusés avec leurs conseils. D'où il résulte, non seulement qu'il n'est point permis de saisir les papiers et lettres missives qu'ils ont reçus de leurs clients, mais aussi, par une conséquence nécessaire, qu'il n'est pas permis de saisir, avant qu'elles leur soient parvenues, les

¹ Voir *JCP* 2011 Act. 553 Communiqué de l'Elysée ; SENNA (E.), « Etat des lieux à mi-mandat du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté », *AJ pén.* 2011 p. 404 à 407.

² Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

³ Crim. 10 mai 1994, *Bull.* n°180 ; Crim. 8 octobre 1997, *Procédures* 1998 Comm. n°46 obs. BUISSON (J.) ; Crim. 30 septembre 1998, *Bull.* n°243, *Procédures* 1999 Comm. n°42 obs. BUISSON (J.).

lettres qui leur sont envoyées »¹. La loi du 30 décembre 1985² a introduit un article 56-1 dans le Code de procédure pénale prescrivant des formalités particulières en cas de perquisition d’un cabinet d’avocat. Selon la première version de cet article « les perquisitions dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile ne [pouvaient] être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué ». La loi du 15 juin 2000³ a complété cette disposition en donnant un rôle plus actif au bâtonnier, celui-ci pouvant désormais s’opposer à la saisie d’un document s’il l’estime irrégulière. Le document est alors placé sous scellé et transmis, avec un procès-verbal mentionnant la contestation, au juge des libertés et de la détention, qui doit statuer dans les cinq jours de la réception des pièces. Ces dispositions ont, selon la circulaire du 4 décembre 2000⁴, pour but de renforcer la protection du secret professionnel et, par conséquent, des droits de la défense. Dans le même sens, l’article 100-7 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit qu’« aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d’un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d’instruction ». Enfin, la loi du 9 mars 2004⁵ exclut la mise en place de dispositifs de sonorisation et de fixation d’images dans les cabinets, les véhicules, ou domicile d’avocats. La seule dérogation admise au secret des correspondances entre l’avocat et son client est l’hypothèse où l’avocat serait suspecté de participer à une infraction⁶.

2°/ Le droit de s’entretenir avec un avocat

595. Une consécration tardive. La phase policière a longtemps été marquée par l’absence totale du droit de recourir à un avocat en cas de contrainte. Pourtant, la Cour européenne des droits de l’homme, au regard de l’article 6, a toujours admis que ce droit s’appliquait aussi à ce stade de la procédure. Ainsi, dans l’affaire John Murray, la Cour a expressément estimé qu’en raison du caractère équitable de la procédure, « il est primordial pour les droits de la défense qu’un prévenu ait accès à un homme de loi pendant la phase initiale des interrogatoires de police »⁷.

¹ Crim. 12 mars 1886, *D.P.* 1886 1 345.

² Loi n°85-1407 du 30 décembre 1985 portant dispositions de procédure pénale et de droit pénal.

³ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes.

⁴ Circulaire n° CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l’enquête de police judiciaire.

⁵ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶ En matière d’écoutes téléphoniques voir Crim. 15 janvier 1997, *Bull.* n°14, *Procédures* 1997 Comm. n°126 note BUISSON (J.), *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°55 note MARON (A.) ; Crim. 14 novembre 2001, *Bull.* n°238. Pour les perquisitions voir Crim. 14 janvier 2003, *Bull.* n°6.

⁷ CEDH 8 février 1996, John Murray contre Royaume-Uni, Requête n°18731/91§66.

596. Sous l'influence de cette jurisprudence européenne, certaines propositions tendaient à l'introduction de l'avocat en garde à vue, mais aussi au cours d'autres mesures de contrainte telles que les perquisitions¹. L'avant-projet de réforme de la procédure pénale de 1992, dit projet Sapin, ne reprenait pas cette idée². Cependant, « au cours des débats parlementaires [relatifs à la loi du 4 janvier 1993], de larges convergences sont apparues à l'Assemblée nationale pour retenir ce droit nouveau [dans le cadre de la garde à vue] que reconnaiss[ai]ent déjà les législations des grandes démocraties européennes. Le gouvernement ne s'est pas opposé à ce que le projet soit amendé en ce sens »³.

En vertu de l'alinéa 1 de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, créé par cette loi, la personne placée en garde à vue devait être immédiatement informée de son droit de s'entretenir avec un avocat. La personne gardée à vue choisissait librement ce dernier et pouvait demander à ce qu'il lui en soit commis un d'office. Afin de rendre effectif ce droit, le refus de l'avocat d'assurer cette commission d'office était sanctionné disciplinairement, la Cour européenne des droits de l'homme ne considérant pas qu'il s'agissait d'un travail forcé⁴. Par la suite, le droit de s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue a acquis une valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel rattachant ce droit aux droits de la défense, principe fondamental reconnu par les lois de la République⁵.

A la suite de la loi du 4 mars 2002⁶, le dernier alinéa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale disposait que « sauf en cas de circonstances insurmontables, les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication des droits mentionnés aux articles 63-2 et 63-3 dev[aient] intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue ». Cette obligation ne concernait, toutefois, que le droit d'être examiné par

¹ DELMAS-MARTY (M.), *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, juin 1990, p. 119 ; GENDREL (M.), « Garde à vue et droits de l'individu. La défense doit-elle commencer dans les locaux de gendarmerie ou de police ? », *Dr. Pén.* 1992 Chr. n°10.

² LUC (J.), « Le projet Sapin de réforme de la procédure pénale ou « de l'inculpé à l'encausé » », *Gaz. Pal.* 1992 1^{er} sem. Doct. p. 160 à 166.

³ Circulaire du 27 janvier 1993 relative à la présentation de l'ensemble des dispositions de la loi du 4 janvier 1993 et commentaire analytique de celles d'entre elles qui modifient le code de procédure pénale, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* n°26 du 31 janvier 1993 p. 1687.

⁴ CHARRIER (J.L.), « Permanence pendant la garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 1993 Doct. p.395 ; BALSAN (A.), « L'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue », *Gaz. Pal.* 1996 2^e sem. p. 1121 à 1126 ; Douai 14 avril 1993, *Gaz. Pal.* 1993 1 p. 274.

⁵ Cons. Const. Décision n°93-326 DC du 11 août 1993 Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ; Cons. Const. Décision n°2004-292 DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁶ Loi n°2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

un médecin et le droit de prévenir un proche. Aucune disposition similaire n’était prévue pour l’entretien avec un avocat. La jurisprudence estimait même que les services de police judiciaire n’étaient tenus que d’une obligation de moyen et non de résultat sur ce point. En effet, les services de police devaient faire des démarches afin de permettre l’entretien avec un avocat dès lors que celui-ci avait été demandé par la personne gardée à vue¹. Si aucun élément de la procédure ne permettait d’établir la réalisation de ces diligences, les actes de la garde à vue étaient nuls². En revanche, si, malgré ces diligences, l’entretien avec un avocat n’avait finalement pas lieu ou si l’avocat se présentait plusieurs heures après, aucune sanction de la procédure ne pouvait être prononcée³. Cela paraissait conforme à la lettre du texte. En effet, celui-ci ne prévoyait pas que l’entretien devait avoir lieu dès le début de la garde à vue, mais seulement qu’il pouvait être demandé dès le début. Cette question a été l’objet de débats lors des travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2000. Les différents amendements ont, toutefois, été rejetés. La circulaire du 4 décembre 2000 précisait que « pour la mise en œuvre du droit du gardé à vue de s’entretenir avec un avocat, les enquêteurs [étaient] tenus à une obligation de moyens et non de résultat. La loi n’impos[ait] pas à l’avocat prévenu par les enquêteurs de se présenter aux services de police nationale ou aux unités de gendarmerie nationale avant l’expiration d’un délai maximum. Inversement, la loi n’interdi[sai]t pas aux enquêteurs de poursuivre leurs investigations dans l’attente de l’arrivée de l’avocat ». La Cour de cassation semblait avoir opté pour cette solution. Ainsi, le simple fait d’avoir informé par télécopie le bâtonnier de l’ordre de la demande d’un gardé à vue relative à la désignation d’un avocat commis d’office, permettait d’écarter la demande de nullité⁴. De même, si malgré plusieurs appels téléphoniques aucun avocat n’avait pu être joint soit en raison d’un mouvement de grève des avocats⁵, soit parce qu’aucun des numéros fournis aux services de police n’avait répondu aux appels⁶, il ne pouvait y avoir nullité de la procédure⁷. Cette jurisprudence paraissait peu favorable à la protection des droits de la défense.

A son arrivée dans les locaux de police, l’avocat devait recevoir certaines informations des officiers de police judiciaire, ou, sous leur contrôle, des agents de police judiciaire. La loi du 24

¹ Les services de police doivent agir dans un bref délai pour effectuer ces démarches. Voir Crim. 29 novembre 2006, pourvoi n° 06-82699, Inédit. Ainsi, un délai de trente minutes a été accepté. Voir Civ. 1^{ère} 28 juin 2005, *Bull.* n°281.

² Crim. 8 mars 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°176 note BUISSON (J.).

³ Crim. 9 mai 1994, *Bull.* n°174 ; Crim. 12 décembre 1997, *Bull.* n°99 ; Crim. 17 mai 2000, *Bull.* n°196 ; Crim. 28 avril 2004, *Bull.* n°102.

⁴ Crim. 17 mai 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°191 note BUISSON (J.).

⁵ Crim. 9 mai 1994, *Bull.* n°174.

⁶ Crim. 13 février 1996, *Bull.* n°73.

⁷ Sur ce point voir FOSSAERT-SABATIER (A.), « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue », *Dr. Pén.* 1997 Chr. n°10 et 13 ; PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution ? », *D.* 2001 Chr. p. 1039 à 1047 et p. 1114 à 1124.

août 1993¹ avait prévu que l'avocat devait être informé de « la nature de l'infraction recherchée ». Il semble donc que l'avocat devait simplement être informé de la qualification des faits mais sans plus de détail. La loi du 15 juin 2000² avait complété cette information, l'avocat devant également être informé de la « date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête ». Cela permettait à l'avocat de contrôler plus facilement la légalité de la mesure, notamment, par exemple, en déterminant par lui-même si la flagrance pouvait ou non être retenue. De plus, la transformation de l'expression « de l'infraction recherchée » en « l'infraction sur laquelle porte l'enquête » semblait renvoyer à une certitude plus grande quant aux faits, correspondant à l'évolution précédemment étudiée quant aux conditions préalables à la garde à vue³. En revanche, l'avocat n'avait pas accès au dossier.

Le gardé à vue pouvait seulement s'entretenir avec son avocat. Au regard de l'organisation de cet entretien, il était douteux que l'intervention de l'avocat en garde à vue permette réellement de commencer la préparation de la défense⁴. En effet, si l'entretien devait demeurer confidentiel, toujours dans la volonté de respecter la liberté de communication entre un avocat et son client, sa durée ne pouvait excéder trente minutes. L'avocat ne pouvait assister aux interrogatoires. Il ne pouvait que présenter « le cas échéant, des observations écrites [...] jointes à la procédure ». L'avocat semblait ainsi chargé de s'assurer que la garde à vue « se déroul[ait] dans de bonnes conditions, de prodiguer quelques conseils à la personne, d'apporter un réconfort moral »⁵. Il avait plus une mission de protection des droits de la personne que réellement de préparation de la défense. Certes, l'avocat pouvait conseiller le gardé à vue au regard des éléments portés à sa connaissance ainsi que lui expliquer les termes qu'il n'avait pas compris, conformément à l'interprétation de l'exigence européenne de compréhension de l'information par la personne contrainte⁶. Cependant, cela ne pouvait que rester fort limité dans les faits au regard des informations transmises. L'avocat ne jouait pas ici son rôle classique de défenseur mais plutôt celui de conseil et de gardien des droits de l'homme. Cette atténuation du rôle de l'avocat

¹ Préc..

² Préc..

³ Voir supra n°141 et s..

⁴ Sur ce point voir TAQUET (F.), « Brève approche sur les nouvelles dispositions relatives à la garde à vue », *Gaz. Pal.* 2000 Doct. p. 1502 à 1510 ; MOEYAERT (P.), *Le droit à l'avocat dans le procès pénal Contribution à l'étude des droits de la partie poursuivie*, *op. cit.*, 2002, n°39 à 44.

⁵ TAQUET (F.), « Brève approche sur les nouvelles dispositions relatives à la garde à vue », préc.. Sur ce point voir également MOEYAERT (P.), *Le droit à l'avocat dans le procès pénal Contribution à l'étude des droits de la partie poursuivie*, *op. cit.*, n°33 à 44.

⁶ TEISSIER (A.), « Garde à vue et droits de la défense », *Rev. Pénit.* 2001 p. 30 à 63.

s’expliquait par les réticences qu’a suscitées la reconnaissance de son intervention lors de la phase policière¹.

597. Les incohérences du législateur. Si le moment de la notification du droit de s’entretenir avec un avocat lors de la garde à vue n’avait pas été remis en cause depuis la reconnaissance de celui-ci, le moment de cet entretien a été extrêmement controversé. Dans un premier temps, la loi du 4 janvier 1993² avait reconnu la possibilité pour le gardé à vue de demander à s’entretenir avec son avocat, y compris par téléphone, dès le début de la mesure. Face à l’hostilité des services de police à l’égard de cette disposition, la loi du 24 août 1993³ avait retardé cet entretien, consacrant de manière définitive les dispositions prévues de manière transitoire par la loi du 4 janvier 1993. Selon cette loi, la personne ne pouvait demander à s’entretenir avec un avocat que lorsque vingt heures s’étaient écoulées depuis le début de la garde à vue. Ce délai de vingt heures était porté à trente six heures pour certaines infractions telles qu’association de malfaiteurs, proxénétisme ou extorsion de fonds aggravés ou infractions commises en bande organisée. De plus, la loi du 1^{er} février 1994⁴ avait précisé que ce délai était porté à soixante douze heures « lorsque la garde à vue [était] soumise à des règles particulières de prolongation », c’est-à-dire en cas de trafic de stupéfiants ou de terrorisme. Cette loi de février 1994 faisait suite à la censure de la loi du 24 août 1993 par le Conseil constitutionnel⁵. En effet, la loi du 24 août⁶ refusait tout entretien avec un avocat aux personnes placées en garde à vue pour l’une de ces infractions⁷. La gravité de l’infraction peut simplement permettre de retarder la mise en œuvre des droits de la défense, mais

¹ Lors des travaux préparatoires de la loi du 4 janvier 1993, les services de police craignaient que l’entretien avec un avocat ne constitue un obstacle à l’efficacité de la recherche de la vérité permise par la garde à vue. Voir notamment MAISTRE DU CHAMBON (P.), « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean Larguier, Droit pénal et Procédure pénale*, PUG, 1993, p. 191 à 202 ; PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution ? », *D.* 2001 Chr. p. 1039 à 1047 et p. 1114 à 1124 ; BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, PUAM, 2004, n°405 à 411 ; MOEYAERT (P.), *Le droit à l’avocat dans le procès pénal Contribution à l’étude des droits de la partie poursuivie, op. cit.*, n°19 à 29. Les arguments avancés à l’encontre de la présence de l’avocat doivent cependant être relativisés. De plus, il est étonnant de constater que ces arguments sont les mêmes que ceux avancés à la fin du XIXe siècle à l’encontre de la présence de l’avocat au cours de l’instruction.

² Préc..

³ Préc..

⁴ Loi n°94-89 du 1^{er} février 1994 relative à la peine incompressible et au nouveau Code pénal.

⁵ Cons. Const. Décision n°93-326 DC du 11 août 1993 Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁶ Préc..

⁷ Le droit français semble ainsi s’orienter vers la création d’un droit dérogatoire réservé aux infractions les plus graves. Il est possible de penser à ce que certains auteurs qualifient de « droit pénal de l’ennemi » malgré toutes les inquiétudes que cela peut susciter. Sur ce point voir GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l’ennemi », *RSC* 2010 p. 69 à 80 ; JAKOBS (G.), « Aux limites de l’orientation par le droit : le droit pénal de l’ennemi », *RSC* 2009 p. 7 à 18.

non les écarter totalement¹. La loi du 15 juin 2000², soucieuse de renforcer les droits des personnes mises en cause au cours d'une procédure pénale, avait multiplié les possibilités de s'entretenir avec un avocat, malgré la réitération des protestations à l'encontre de cette faculté. A la suite de cette loi, l'article 63-4 disposait que « dès le début de la garde à vue ainsi qu'à l'issue de la vingtième heure », la personne pouvait demander cet entretien. En cas de prolongation un troisième entretien pouvait être demandé à l'issue de la douzième heure de la prolongation, soit à l'issue de la trente-sixième heure de garde à vue. En revanche, en cas d'association de malfaiteurs, de proxénétisme ou d'extorsion de fonds aggravés ou d'infractions en bande organisée, le premier entretien était retardé à l'issue de la trente-sixième heure. Enfin, en cas de possibilité de prolongation exceptionnelle de la garde à vue, aucun entretien n'était possible avant la fin de la soixante-douzième heure.

La loi du 9 mars 2004³ a été l'occasion de modifier à nouveau ces dispositions dans un sens, cette fois-ci, défavorable aux droits de la défense du gardé à vue. En effet, l'article 63-4 tel qu'issu de cette loi, prévoyait la possibilité de demander un entretien avec un avocat uniquement dès le début de la garde à vue et dès le début de la prolongation. Il n'y avait donc plus que deux entretiens possibles au cours des quarante-huit heures de garde à vue, le deuxième étant retardé de quatre heures. De même, pour les infractions plus graves l'entretien ne pouvait intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures, et non plus trente-six heures. Seul le délai prévu pour les infractions permettant une prolongation exceptionnelle de la garde à vue n'avait pas été modifié.

598. La loi du 9 mars 2004 a étendu les dispositions de l'article 63-4 à la personne se trouvant au petit dépôt⁴. Cependant, le législateur n'a, pas été aussi loin que le préconisaient certains auteurs. Ainsi, les dispositions légales relatives aux perquisitions ne prévoient pas une telle possibilité d'entretien. De même, celle-ci n'est pas prévue en cas de contrôle et vérification d'identité. Pourtant, la vérification d'identité permet, elle aussi, d'interroger la personne, tout au moins sur son identité. L'objet restreint de cet interrogatoire peut permettre d'expliquer l'absence de reconnaissance d'un droit à l'avocat dans une telle hypothèse. Pourtant, que l'intervention d'un avocat soit liée à la compréhension de ce qui est reproché comme cela a été proposé par certains

¹ Cons. Const. Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

² Préc..

³ Préc..

⁴ Article 803-3 du CPP.

auteurs¹ ou qu’elle soit rattachée à la préparation effective de la défense, elle doit être permise le plus tôt possible, y compris lors de mesures non privatives de liberté.

En outre, alors que l’encadrement de la retenue douanière est, dans l’ensemble, calqué sur celui de la garde à vue, la personne retenue ne pouvait en aucun bénéficier d’un entretien avec un avocat au cours de cette mesure. Il est vrai que cette mesure n’avait pas été modifiée depuis 1988. Cette « fossilisation » du régime de la retenue douanière, dénoncée par certains auteurs², ne pouvait qu’être regrettée. Toutefois, le Conseil constitutionnel a contraint le législateur à s’y intéresser. En effet, dans une décision du 22 septembre 2010, le Conseil a déclaré inconstitutionnelle la retenue douanière au motif que cette restriction des droits de la défense était systématique et non fondée sur des circonstances particulières. « Le 3° de l’article 323 du Code des douanes n’opèr[ait] [ainsi] pas une conciliation équilibrée entre, d’une part, les préventions des atteintes à l’ordre public et la recherche des auteurs d’infractions et, d’autre part, l’exercice des libertés constitutionnellement garanties »³. L’article 323 du Code des Douanes est dès lors abrogé au 1^{er} juillet 2011.

599. La garde à vue, ainsi que, par ricochet, la retenue douanière et le petit dépôt viennent de faire l’objet d’une réforme modifiant totalement l’appréhension du droit à l’assistance d’un avocat en droit français.

*B- La consécration du droit à la présence d’un avocat lors
des interrogatoires*

600. La loi du 14 avril 2011⁴ introduit le droit à la présence d’un avocat au stade de la phase policière. Plus d’un siècle sépare cette consécration de la reconnaissance du même droit lors de la phase d’instruction (1°). Certaines limites à la pleine effectivité de ce droit semblent, toutefois, persister (2°).

1°/ Une longue gestation

601. Les interrogations suscitées par la Cour européenne des droits de l’homme. S’inspirant du système anglais, Monsieur Fauchon avait proposé, lors des travaux préparatoires de

¹ Cf. supra n°574 et s..

² DETRAZ (S.), « La retenue douanière : une anomalie persistante de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2010 n° 3, dossier 4.

³ Cons. Const. Décision n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010.

⁴ Préc..

la loi du 15 juin 2000, la présence de l'avocat en continu pendant toute la durée de cette mesure « quand il veut ou quand il peut venir dès lors qu'il a été demandé » en raison de la vulnérabilité de la personne placée en garde à vue, tout au moins hors les cas de terrorisme ou infractions en matière de stupéfiants¹. Face aux critiques, cette idée a été abandonnée. Cependant, plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont relancé le débat.

602. A la suite de l'arrêt *Salduz*², il a été affirmé que la Cour européenne des droits de l'homme exigeait la présence d'un avocat au cours des interrogatoires de garde à vue³. Toutefois, la lettre de la décision européenne ne semble pas aller aussi loin. Elle exige simplement « l'accès à un avocat ». Le doute est, toutefois, permis à la lecture de la suite de l'arrêt. En effet, la Cour estime que les déclarations faites sans l'assistance d'un avocat ne peuvent être utilisées pour fonder une condamnation. De plus, dans une opinion concordante le juge Zagrebelsky estime que « l'impossibilité de se faire assister d'un avocat pendant les interrogatoires s'analyse, sauf exceptions, en une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable ». L'accès à un avocat semble, dès lors, impliquer la présence de celui-ci lors des interrogatoires de l'individu contraint.

Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé le rôle de l'avocat au cours de la garde à vue. Ainsi dans l'arrêt *Dayanan*, la Cour a énuméré les divers aspects de ce rôle. Il s'agit de « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention ». Ces aspects sont pour la Cour « des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer ». En revanche, dans cet arrêt, elle ne fait allusion ni à la présence de l'avocat pendant les interrogatoires ni à l'accès au dossier⁴.

Dans un arrêt du 2 mars 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a, de nouveau, souligné que les déclarations faites « en l'absence d'un avocat » ne pouvaient servir de fondement à une condamnation⁵. Comme dans l'arrêt *Salduz*, elle semble exiger implicitement la présence de l'avocat au cours de l'interrogatoire. Cependant, la seule conséquence qu'elle tire de l'absence de

¹ FAUCHON (P.), « L'enregistrement des gardes à vue », *D.* 2000 n°21 Interview p. VII.

² CEDH 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*, Requête n° 36391/02.

³ Voir notamment ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue », *D.* 2010 p. 868 à 871 ; SAAS (C.), « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? (CEDH 13 octobre 2009 *Aff. Dayanan contre Turquie*) », *AJ pén.* 2010 p. 27 à 30.

⁴ CEDH 13 octobre 2009, *Dayanan contre Turquie*, Requête n° 7377/03 ; LESCLOUS (V.), « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue Point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. Pén.* 2010 n°3 Dossier 2 ; SAAS (C.), « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? (CEDH 13 octobre 2009 *Aff. Dayanan contre Turquie*) », préc..

⁵ CEDH 2 mars 2010, *Adamkiewicz contre Pologne*, Requête n° 54729/00.

L’avocat est l’impossibilité de fonder la condamnation sur les déclarations ainsi recueillies. Cela implique-t-il que si la condamnation est fondée sur d’autres éléments, l’absence de l’avocat ne porte pas atteinte à l’article 6 ? La présence de l’avocat aux interrogatoires de garde à vue ne serait ainsi pas l’un des corollaires des droits de la défense pour la Cour européenne des droits de l’homme. De plus, la Cour dans le même arrêt semble se contenter d’un simple entretien avec un avocat préalable aux interrogatoires. En effet, elle regrette que les interrogatoires aient été menés « sans que le requérant ait pu au préalable s’entretenir avec son avocat ». La violation de l’article 6 résulte du fait qu’en l’absence de cet entretien préalable l’individu n’avait pas été informé de son droit de garder le silence et de ne pas s’auto-incriminer.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme gagnerait à être plus explicite. Il semble que le degré minimal de protection des droits de la défense serait un entretien préalable à tout interrogatoire avec un avocat. La présence de l’avocat pendant les interrogatoires de garde à vue constituerait un degré supplémentaire de garantie des droits de la défense dès ce stade.

603. Influencées par ces différents arrêts, lors du premier semestre 2010, certaines juridictions du fond n’ont pas hésité à prononcer la nullité de gardes à vue, sur le fondement de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, en raison de la limitation de l’intervention de l’avocat¹. Parallèlement plusieurs propositions de loi ont été déposées à l’Assemblée nationale et au Sénat. Elles tendaient toutes à la présence de l’avocat au cours des interrogatoires et à un accès large au dossier. Toutefois, elles ont été abandonnées à la suite de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. Selon celui-ci, l’avocat ne pouvait assister aux auditions qu’en cas de prolongation de la mesure. Il pouvait poser des questions à l’issue de chacune des auditions. Toutefois, les officiers ou agents de police judiciaire pouvaient s’opposer à ces questions si elles étaient de « nature à nuire au bon déroulement de l’enquête ou à la dignité de la personne. Mention de la question refusée [serait] portée au procès-verbal ».

604. L’apport du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation. La décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 marqua un tournant en la matière. Le Conseil estima, en effet, que l’article 63-4 du Code de procédure pénale alors applicable ne « permet[tait] pas à la personne ainsi interrogée, alors qu’elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l’assistance effective d’un avocat ; qu’une telle restriction aux droits de la défense [était] imposée de façon

¹ Voir GIUDICELLI (A.), « Garde à vue : vagues du fond avant la réforme », RSC 2010 p. 183 à 189.

générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes »¹. Il en déduisait l'inconstitutionnalité de la garde à vue de droit commun. Bien qu'il précisa « qu'il ne lui appart[enait] pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui dev[aient] être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée », le Conseil semblait ainsi imposer plus qu'un simple entretien avec un avocat.

605. De même, la Cour de cassation dans un arrêt du 19 octobre 2010, estima qu'une chambre de l'instruction avait fait « l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme » en annulant des procès-verbaux de garde à vue et des auditions aux motifs que le gardé à vue avait « bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer ». En l'occurrence, conformément aux dispositions législatives alors en vigueur, l'individu avait bénéficié d'un entretien préalable avec un avocat, sans que celui-ci puisse accéder au dossier ni être présent lors des interrogatoires. Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation procéda immédiatement à une atténuation de la portée de cette solution pour cette affaire. En effet, elle modula dans le temps l'application de cette solution jurisprudentielle en relevant que « l'arrêt encour[ai]t l'annulation dès lors que les règles qu'il énonc[ait] ne pouv[ai]ent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ». Par conséquent, « ces règles prendr[ai]ent effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011 »². Par la suite, certains pourvois en cassation contestèrent des décisions de Cours d'appel n'ayant pas tenu du délai accordé par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation au législateur pour réformer la garde à vue. La Chambre criminelle de la Cour de cassation confirma, alors sa décision d'inconventionnalité du 19 octobre 2010, et souligna que c'était bien à tort que l'annulation de la garde à vue avait été prononcée alors que l'inconventionnalité ne devrait produire ses effets qu'au 1^{er} juillet 2011. Toutefois, en l'espèce, l'annulation n'avait causé aucun grief à l'intéressé puisque

¹ Cons. Const. Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, considérant n°28.

² Crim. 19 octobre 2010 (3 arrêts), *Bull.* n°163 à 165. Dans le même sens voir Crim. 26 octobre 2010, pourvoi n°10-81.956.

les actes annulés n’avaient pas fondé la décision de culpabilité¹. La Cour de cassation montre ainsi sa volonté de « sauvegarder » les procédures en cours.

606. Le rapport Léger du 1^{er} septembre 2009, s’inspirant quelque peu de la jurisprudence européenne, préconisait la possibilité pour le gardé à vue de s’entretenir une seconde fois avec son avocat à la douzième heure de garde à vue. Lors de cet entretien, l’avocat aurait accès aux procès-verbaux des auditions du mis en cause. En outre, à l’issue de la vingt-quatrième heure, l’avocat assisterait aux auditions. Ces règles devraient, toutefois, selon ce rapport, être exclues en matière de criminalité organisée, de terrorisme et de trafic de stupéfiants. L’idée d’un deuxième entretien à la douzième heure et de l’accès de l’avocat aux procès-verbaux a été reprise par l’avant-projet de Code de procédure pénale de mars 2010. Ces projets restaient donc en retrait par rapport aux exigences du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation.

607. La loi française. Le droit à la présence d’un avocat aux interrogatoires de la phase d’instruction a été reconnu en France dès la loi de 1897. Toute personne assignée à résidence, placée en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire en bénéficie ainsi depuis la fin du XIX^e siècle.

608. Prenant acte des exigences constitutionnelles, la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue maintient la possibilité d’un entretien avec l’avocat. Toutefois, cet entretien n’est plus subordonné au respect de délais légaux. Il est possible à tout moment de cette mesure. La seule limite est, semble-t-il, qu’un seul entretien est possible par tranche de garde à vue. En outre, à cet entretien vient s’ajouter la possibilité pour l’avocat d’assister, à la demande du gardé à vue, aux auditions de celui-ci et ce dès la première. Afin d’assurer l’effectivité de ce droit, le législateur suspend toute possibilité d’interrogatoire pendant un délai de deux heures, délai accordé à l’avocat pour se présenter dans les locaux des services de police. En effet, désormais, lorsque le gardé à vue demande que l’avocat assiste aux interrogatoires, la première audition, sauf si elle ne concerne que l’identité de l’individu, ne peut avoir lieu dans un délai de deux heures suivant l’avis de la demande d’un avocat au bâtonnier ou au « coordinateur garde à vue ». Lorsque l’avocat se

¹ Crim. 4 janvier 2011, pourvoi n°10-85.520, *RSC* 2011 Chr. DANET (J.) p.139, *Procédures* 2011 Comm. n°110 note CHAVENT-LECLERE (A.S.) ; *Procédures* 2011 Comm. n°75 obs. BUISSON (J.). Voir dans le même sens Crim. 18 janvier 2011, pourvoi n°10-83.750 ; Crim. 1^{er} février 2011, pourvoi n°10-83.523 ; *Procédures* 2011 n°145 note CHAVENT-LECLERE (A.S.)

présente après l'expiration de ce délai et qu'une audition est en cours, deux possibilités s'offrent au gardé à vue en l'absence d'entretien préalable. Il peut, soit accepter que l'audition continue en présence de l'avocat, soit demander à ce qu'elle soit interrompue et à s'entretenir avec celui-ci. Cette idée d'un délai de deux heures rappelle certains amendements proposés lors de la préparation de la loi du 15 juin 2000. En effet, alors que certains de ces amendements tendaient à préciser que le retard de l'intervention de l'avocat n'aurait pas de conséquence sur l'avancement de l'enquête, d'autres, s'inspirant du système canadien, souhaitaient qu'aucun interrogatoire ne puisse avoir lieu avant l'arrivée de l'avocat dans un maximum de deux heures à compter de sa désignation¹.

609. Lors de son arrivée, l'avocat est informé de la nature et de la date de l'infraction. Sur ce point, la loi du 14 avril 2011 n'a apporté aucune modification. En outre, l'avocat n'a toujours pas accès au dossier. La loi du 14 avril 2011 permet uniquement à l'avocat de consulter le procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue, des faits reprochés et des droits ainsi que les procès-verbaux d'audition du gardé à vue. Cela a, d'ailleurs, conduit la Cour de cassation, le 6 septembre 2011, à transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative au « régime de l'assistance effective de la personne gardée à vue par un avocat, défini par les articles 63-3-1, alinéa 3, 63-4, alinéa 2, 63-4-1, 63-4-2 et 63-4-3 du code de procédure pénale ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, en effet, estimé que la question était sérieuse « en ce qu'elle porte sur les conditions et modalités de l'exercice des droits de la défense et leur conformité aux principes affirmés par la décision n° 2010-14/22 QPC en date du 30 juillet 2010 du Conseil constitutionnel »². La réponse du Conseil constitutionnel est attendue pour le 23 novembre 2011.

Le droit à la présence d'un avocat est étendu à la retenue douanière et au petit dépôt.

2°/ Des limites persistantes

610. Des dérogations possibles. La loi du 14 mars 2011 prévoit la possibilité d'une première audition anticipée, c'est-à-dire se déroulant avant l'arrivée de l'avocat et avant l'expiration du délai de deux heures, « lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate de la

¹ TEISSIER (A.), « Garde à vue et droits de la défense », *Rev. pénit.* 2001 p. 30 à 63.

² Crim. 6 septembre 2011, pourvoi n° 11-90.073 (arrêt n° 4687).

personne », dès lors que le procureur de la République l’autorise par décision écrite et motivée. La question se pose toutefois des critères d’appréciation de ces « nécessités de l’enquête ».

611. De plus, la loi du 14 avril 2011 permet au procureur de la République de retarder la présence de l’avocat. En effet, selon l’article 63-4-2 du Code de procédure pénale issu de cette loi, « à titre exceptionnel, sur demande de l’officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention, selon les distinctions prévues par l’alinéa suivant, peut autoriser, par décision écrite et motivée, le report de présence de l’avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l’enquête, soit pour permettre le bon déroulement d’investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes ». L’alinéa suivant précise que « le procureur de la République ne peut différer la présence de l’avocat que pendant une durée maximale de douze heures. Lorsque la personne est gardée à vue pour un crime ou un délit puni d’une peine d’emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans, le juge des libertés et de la détention peut, sur requête du procureur de la République, autoriser à différer la présence de l’avocat, au-delà de la douzième heure, jusqu’à la vingt-quatrième heure. Les autorisations du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention sont écrites et motivées par référence aux conditions prévues à l’alinéa précédent au regard des éléments précis et circonstanciés résultant des faits de l’espèce ». Un report similaire est possible en matière de criminalité et délinquance organisée. En effet, en vertu de l’article 706-88 du Code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011, le procureur de la République peut reporter l’intervention de l’avocat jusqu’à la fin de la vingt-quatrième heure « en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l’enquête ou de l’instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes ». Un report au-delà de la vingt-quatrième heure peut être ordonné par le juge des libertés et de la détention pour une durée maximale de quarante-huit heures. Cette durée maximale est portée à soixante-douze heures en matière de stupéfiants et de terrorisme.

Cette insistance du législateur tendant à une justification *in concreto* du retard de l’assistance de l’avocat est la consécration légale d’une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Validant les dispositions légales antérieures, le Conseil constitutionnel avait admis que le droit de s’entretenir avec un avocat pouvait être retardé au regard de la seule gravité de l’infraction appréciée en fonction de la peine

encourue¹. Cependant, dans l'arrêt John Murray contre Royaume-Uni², la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le fait pour un gardé à vue d'être privé de tout contact avec son avocat pendant les quarante-huit premières heures de cette mesure constituait une violation de l'article 6. Certes, en Irlande du Nord, le retard de l'assistance par un avocat est laissé à l'appréciation de la police et non à un magistrat. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas critiquer la seule compétence de la police mais bien le retard en lui-même³. D'ailleurs, le Comité de prévention contre la torture a rappelé, dans son rapport de 2004, qu'il souhaitait que les autorités françaises « renoncent au régime dérogatoire de garde à vue en ce qui concerne l'accès à un avocat et qu'elles reconnaissent enfin à toutes les personnes privées de liberté par les forces de l'ordre – pour quelque motif que ce soit – l'accès à un avocat (sans qu'il s'agisse nécessairement de l'avocat de leur choix) dès le début de leur privation de liberté ». En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé dans l'affaire Salduz la décision John Murray. Elle considère, désormais, que le retard de l'accès à un avocat ne peut être admis que pour des « raisons impérieuses »⁴.

Certaines juridictions du fond françaises ont considéré que de telles raisons pouvaient être la gravité des faits notamment en matière de trafic de stupéfiants, alors même que l'application stricte des textes avait empêché le requérant de s'entretenir avec un avocat, la mesure de garde à vue ayant été levée avant la soixante-douzième heure⁵. Toutefois, cette solution paraissait douteuse au regard des derniers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, tant dans l'affaire Salduz contre Turquie⁶ que dans l'affaire Dayanan⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné qu'une telle restriction ne saurait être systématique. Les raisons impérieuses justifiant le retard de l'accès à un avocat doivent être appréciées *in concreto* et non *in abstracto* au regard du seul type d'infraction reprochée. De le même sens, dans trois arrêts, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, le 19 octobre 2010, considéré les règles encadrant la garde à vue contraire à l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans deux de ces arrêts, la Cour de cassation souligne que toute personne placée en garde à vue doit bénéficier, dès le début de celle-ci de l'assistance d'un avocat « sauf exceptions justifiées par des

¹ Cons. Const. Décision n°2004-292 DC du 2 mars 2004 Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Sur ce point voir STAEGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, Thèse Lyon 3, 2002, p. 337 à 345.

² CEDH 8 février 1996, John Murray contre Royaume-Uni, Requête n° 18731/91.

³ Sur ce point voir KOERING-JOULIN (R.), « Introduction générale », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, colloque du 22 mars 1996*, Bruylant, 1996, p. 9 à 25.

⁴ CEDH 27 novembre 2008, Salduz contre Turquie, Requête n° 36391/02.

⁵ Paris 9 février 2010, D. 2010 p. 868 note ROUJOU DE BOUBÉE (G.).

⁶ CEDH 27 novembre 2008, Salduz contre Turquie, Requête n° 36391/02.

⁷ CEDH 13 octobre 2009, Dayanan contre Turquie, Requête n° 7377/03.

raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l’espèce et non à la seule nature du crime ou délit reproché ». En l’occurrence, il s’agissait de gardes à vue ordonnées en matière de trafic de stupéfiants. La Cour de cassation reprend ainsi à son compte l’interprétation de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme résultant de l’arrêt Dayanan. Toutefois, de manière exceptionnelle, la Cour de cassation procède à une modulation dans le temps de l’application de cette solution. Elle estime que « ces règles de procédure ne peuvent s’appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ». En conséquence, « ces règles prendront effet lors de l’entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011 »¹. Sur ce point, la loi du 14 avril 2011 est donc en parfaite conformité avec ces jurisprudences.

612. Une question se pose toutefois. Comment, en cas de circonstances justifiant le retard, doit-on calculer les délais imposés par le législateur ? Le calcul de ces délais peut, en effet, poser problème, en particulier, encore une fois, lorsque la personne est soumise à plusieurs mesures privatives de liberté à la suite, par exemple dans l’hypothèse où une retenue douanière précède la garde à vue. Aucune précision ne semble apportée par la loi du 14 avril 2011 sur ce point. La jurisprudence antérieure va-t-elle se maintenir ? Dans un arrêt de principe rendu le 1^{er} mars 1994, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « l’imputation de la retenue douanière sur la durée de la garde à vue a seulement pour objet de limiter la durée maximale de privation de liberté de la personne en cause et qu’elle est sans effet sur les régimes respectifs de ces mesures ». La Cour de cassation rappelle ainsi que la volonté du législateur est de protéger la liberté individuelle par l’imputation des durées des différentes mesures, mais qu’il n’a pas souhaité assimiler ces mesures. Si la protection de la liberté individuelle suppose un placement rétroactif en garde à vue afin de limiter la durée de la privation de liberté à ce stade de la procédure, seul le placement réel en garde à vue doit être pris en compte pour déterminer le point de départ des délais prévus pour l’exercice des droits de la défense. *A contrario*, la circulaire du 14 février 1994 a préconisé « l’interprétation la plus favorable aux personnes gardées à vue et de prendre systématiquement en compte la durée de la retenue douanière dans le calcul du délai visé à l’article 63-4 du Code de procédure pénale ». Par la suite, la Chambre criminelle de la Cour de

¹ Crim. 19 octobre 2010, *Bull.* n°163 à 165. Voir dans le même sens Crim. 9 novembre 2010, pourvoi n°10-85.800, *Procédures* 2011 Comm. n°76 obs. BUISSON (J.) ; Crim. 16 février 2011, pourvoi n°10-82.865.

cassation a, malgré cette circulaire, maintenu sa solution de 1994¹. Il convient, par conséquent, d'attendre les prochaines décisions de la Cour de cassation sur ce point.

613. Les conséquences de l'absence de l'avocat aux auditions. Selon la loi du 14 avril 2011, le bâtonnier ou son représentant doit être avisé de la demande de la présence d'un avocat « par tout moyen et sans délai ». Les services de police judiciaire n'ont ainsi toujours qu'une obligation de moyen en l'espèce. Rien ne semble donc s'opposer au maintien de la jurisprudence relative à la preuve de ces diligences. L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 posait un principe général selon lequel « en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement des déclarations qu'elle a faites sans avoir été en mesure de bénéficier de l'assistance d'un avocat »². La loi du 14 avril 2011 introduit cette proposition à l'article préliminaire du Code de procédure pénale en la précisant quelque peu. Désormais, l'article préliminaire du Code de procédure pénale, en son dernier alinéa, dispose que « En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ». Le législateur souligne ainsi le caractère fondamental du droit à l'assistance d'un avocat. Cette disposition est applicable depuis le 1^{er} juin 2011 à toutes les procédures en cours en vertu du principe d'application immédiate des lois de procédure.

La portée éventuelle de cette nouvelle disposition est, toutefois, préoccupante. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, au mois de mai 2011, adopté une position y faisant écho. Dans une première décision du 11 mai 2011³, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime qu'une Cour d'appel ayant condamné un individu en se fondant « sur des déclarations enregistrées au cours de la garde à vue par lesquelles la personne a contribué à sa propre incrimination sans avoir pu être assistée par un avocat, et ensuite rétractées » n'a pas justifié sa décision. Cette formulation extrêmement succincte d'un arrêt appelé à être publié au bulletin pouvait conduire à s'interroger. La Chambre criminelle de la Cour de cassation semble estimer qu'aucun aveu effectué au cours

¹ Crim. 25 avril 2001, *Dr. Pén.* 2001 Comm. n°108 note MARON (A.), *Procédures* 2001 Comm. n°159. Dans cette affaire la personne soupçonnée de trafic de stupéfiants a été placée 26 heures en rétention douanière puis 53h25 en garde à vue, mais n'a pas rencontré d'avocat avant sa libération.

² Article 113-4 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

³ Crim. 11 mai 2011, pourvoi n°10-84251, publication au bulletin en cours ; RSC 2011 p. 414 Chr. GIUDICELLI (A.) ; JCP 2011 note 819 PIN (X.) ; *Procédures* 2011 Comm. n°241 note CHAVENT-LECLERE (A.S.).

d’une garde à vue sans la présence d’un avocat ne peut servir de fondement à une déclaration de culpabilité. Il est vrai que la Cour de cassation prend soin de préciser que l’aveu a ensuite été rétracté et qu’il n’a pas été corroboré puisqu’il était le seul fondement de la déclaration de culpabilité. Toutefois, la référence à l’absence de l’assistance d’un avocat laisse sceptique s’agissant d’une garde à vue datant de 2007, date à laquelle seul un entretien avec un avocat était légalement possible. Vingt jours plus tard la Chambre criminelle de la Cour de cassation a adopté un attendu de principe clair dans une série de quatre arrêts devant être publiés au bulletin¹. Selon cet attendu « il se déduit de [l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme] que toute personne, placée en garde à vue, doit, dès le début de cette mesure, être informée de son droit de se taire et, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l’espèce, pouvoir bénéficier, en l’absence de renonciation non équivoque, de l’assistance d’un avocat ». En conséquence, dans l’ensemble de ces affaires, les juridictions du fond auraient dû annuler les procès-verbaux d’audition établis au cours de gardes à vue ou de retenues douanières. Par définition, l’ensemble des gardes à vue et retenues douanières s’étaient en l’occurrence déroulées bien avant la consécration du droit à l’assistance d’un avocat. Certes, cette solution est juridiquement fondée puisque la Cour de cassation procède ainsi à un contrôle de conventionnalité et qu’elle n’est pas tenue de moduler dans le temps les effets de sa jurisprudence. Cependant, cette décision, qui va à l’encontre de la position antérieure de la Cour de cassation² peut s’avérer lourde de conséquences³, les procès-verbaux d’audition établis lors de gardes à vue et de retenues douanières antérieures au 1^{er} juin 2011 pour des faits non définitivement jugés pouvant être annulés alors qu’au moment de leur réalisation ces actes étaient parfaitement légaux. D’ailleurs, l’application de l’article préliminaire en sa nouvelle rédaction pourrait conduire à la même solution en application du principe d’application immédiate des lois de procédure. Toutefois, cette solution suppose que la personne n’a pu bénéficier de l’assistance d’un avocat alors qu’aucune raison impérieuse tenant aux circonstances de l’espèce ne le justifiait. Elle semble ainsi exiger soit le défaut de notification de ce droit soit l’absence de diligences des services de police judiciaire pour contacter un avocat ou le bâtonnier. Quelles seront les conséquences si aucun avocat ne se présente alors que les services de police

¹ Crim. 31 mai 2011, pourvois n°10-88809, 11-80034, 10-88293 et 11-81412, en cours de publication au bulletin ; RSC 2011 p. 412 Chr. GIUDICELLI (A.) ; MATSOPOULOU (H.), « Garde à vue : primauté de la jurisprudence européenne sur les règles constitutionnelles », D. 2011 p. 2084. Dans le même sens voir Crim. 7 juin 2011, pourvoi n°11-81.702 ; *Procédures* 2011 Comm. n°240 note CHAVENT-LECLERE (A.S.).

² Cf. supra n°47.

³ Voir PRADEL (J.), « Un regard très européen sur les gardes à vue antérieures à l’application de la loi du 14 avril 2011 », JCP 2011 Doct. 756.

ont effectué toutes les diligences ? Il semble que sur ce point la jurisprudence antérieure puisse être maintenue en l'absence de précision légale malgré toutes les réticences qu'elle suscite.

614. Enfin, il faut noter que le délai de deux heures suspendant la faculté d'audition en l'attente de l'avocat ne vaut que pour la première audition. Le même mécanisme ne s'applique donc pas aux auditions suivantes notamment en cas de prolongation. Cela évite de paralyser la recherche de la vérité. Toutefois, cela risque de poser quelques difficultés d'organisation pour les avocats et, par ricochet, d'effectivité des nouvelles garanties ainsi accordées.

615. Conclusion. L'effectivité des droits de la défense lors de la phase préalable, corollaire du procès équitable, doit encore être renforcée. En effet, alors qu'en principe cette effectivité suppose une adaptation de l'organisation de la contrainte, il semble qu'au contraire le contexte de la contrainte conduit le législateur et la jurisprudence à atténuer les droits de la défense au profit de l'efficacité de la recherche de la vérité. De plus, seules les personnes privées de liberté bénéficient de ces droits de la défense atténués. Encore faut-il distinguer parmi les mesures privatives de liberté. Si la détention provisoire semble organisée de façon à ne pas porter préjudice à la préparation de la défense, la garde à vue, quant à elle, apparaît comme l'un des derniers bastions de la procédure inquisitoire. Certes, la loi du 14 avril 2011 apparaît comme une grande avancée en la matière. Il reste, toutefois, à en apprécier l'application et les conséquences pratiques réelles. En particulier, il convient d'attendre afin de voir quelles seront les réponses apportées aux protestations émises à la suite du Décret du 6 juillet 2011¹ relatif aux tarifs des avocats désignés d'office intervenant au cours des gardes à vue ainsi qu'aux interrogations suscitées par les nouvelles dispositions notamment quant à l'accès au dossier².

616. En outre, la garantie d'un procès équitable doit également pouvoir s'appliquer lors de la contestation des mesures de contrainte.

¹ Décret n°2011-810 du 6 juillet 2011 relatif à l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue et de la retenue douanière, *JO* 7 juillet 2011 p. 11783.

² Voir Crim. 6 septembre 2011, n°4684 QPC renvoyant au Conseil constitutionnel quatre QPC relatives aux articles 62, 63-3-1, 63-4 et 63-4-1 à 63-4-5 du Code de procédure pénale dans leur rédaction issue de la loi du 14 avril 2011.

Ch2- Un contentieux équitable

617. Sous l’influence des textes internationaux de l’après guerre, l’individu contraint s’est vu progressivement reconnaître un droit à un recours respectant une procédure équitable en cas de violation de l’encadrement de la contrainte probatoire. Ce droit est aujourd’hui polymorphe (I). Ce polymorphisme souligne la recherche constante d’un équilibre délicat entre d’un côté l’efficacité de la recherche des preuves et de l’autre la protection des droits et libertés de l’individu. Cependant, certaines réserves peuvent, là encore, être émises quant à l’effectivité de ce droit (II).

Section I- La reconnaissance d’un droit polymorphe

618. Le droit à un procès équitable sanctionnant la violation des droits et principes encadrant les mesures de contrainte est le résultat d’une construction progressive (§1). Aujourd’hui, il se manifeste sous diverses formes (§2).

§1- Une construction progressive

619. Alors qu’il ne s’agissait initialement que d’un principe interne général devant être mis en œuvre par le législateur (A), le contentieux équitable tendant à la constatation de la violation de l’encadrement de la contrainte est devenu un véritable droit au niveau européen (B).

A- Un principe interne général

620. La Constitution de 1958 est une étape importante en la matière en raison de la consécration expresse à laquelle elle procède (1°). Conformément à la jurisprudence antérieure, la Constitution de 1958 a attribué au juge judiciaire une compétence exclusive sur ce point, laissant le législateur organiser la mise en œuvre de ce nouveau principe constitutionnel (2°).

1°/ La consécration expresse de 1958

621. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 contenait en germe ce principe. Il fallut, toutefois, attendre la Constitution de 1958 pour que ce principe constitutionnel prenne toute sa dimension.

622. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Selon l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Les membres de la police judiciaire et les magistrats titulaires de la contrainte ou chargés de sa mise en œuvre sont des agents publics. Encore faut-il s'entendre sur l'expression « demander compte ». Rendre compte implique, à la fois, une explication de la décision et la possibilité de tirer toute conséquence d'une éventuelle erreur ou faute¹. Dès lors, par cet article, la Déclaration des droits de l'homme semble reconnaître la possibilité d'exercer un recours contre les décisions des agents publics, mais aussi de tirer toute conséquence d'une erreur ou faute de leur part telle que l'annulation, la réformation de la décision ou la responsabilité individuelle de l'agent. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaît ainsi à la Société un droit au recours général contre les décisions des agents publics. La remise en cause des décisions et la responsabilité des membres de la police judiciaire et des magistrats trouvent ainsi un fondement de valeur constitutionnelle.

623. Toutefois, ce droit est reconnu par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à la Société et non à l'individu. Le but des auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était de créer une Société dans laquelle les droits des citoyens seraient assurés pour le bonheur collectif. Selon eux, la Société, composée de l'ensemble des citoyens, est représentée, principalement, par le législateur mais aussi par les juridictions qui sont les bouches de la loi et statuent au nom du peuple français. Dès lors, l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme

¹ *Littré Dictionnaire de la langue française*, Encyclopaedia Britannica, 1999.

et du citoyen semble reconnaître au législateur la possibilité d’organiser un recours contre les décisions des agents publics et aux juridictions celle de contrôler ces décisions et d’en tirer toutes les conséquences. Au regard des revendications des cahiers de doléances et des propositions ayant précédé l’adoption de cet article, il semble que les auteurs de la Déclaration souhaitent en réalité poser un « principe organique visant à garantir les droits »¹ proclamés par les autres dispositions de la Déclaration. Ils laissent au législateur le soin d’organiser la mise en œuvre de ce principe. Comme la plupart des principes proclamés par les textes fondateurs des droits de l’homme, la mise en œuvre de cette disposition doit être conciliée avec les autres principes généraux du droit en particulier l’indépendance et la sérénité du fonctionnement de la justice. Dès lors, le législateur peut, tout en respectant ce principe, subordonner sa mise en œuvre à certaines conditions.

624. Il faut, cependant, remarquer que cet article 15 est rarement invoqué par la doctrine et jamais, du moins à notre connaissance, par le Conseil constitutionnel. L’article 15 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen est « un des textes dont les virtualités ont été le moins développées »². L’article 66 de la Constitution de 1958 semble, toutefois, en tirer certaines conséquences.

625. L’article 66 de la Constitution de 1958. En écho aux demandes des cahiers généraux de 1789³, au cours des travaux préparatoires de la Constitution de 1958, certains ont proposé d’introduire dans le préambule de celle-ci une sorte d’*habeas corpus*. Ils souhaitent que la Constitution reconnaisse à l’individu soumis à une mesure de contrainte la possibilité de demander à comparaître rapidement devant l’autorité judiciaire. Cependant, cette disposition a été jugée trop précise pour le préambule de la Constitution. Aussi, a-t-il été proposé de l’introduire dans le titre relatif à la justice. Le texte soumis au Conseil interministériel du 19 août 1958 était concis puisque l’article 62 bis disposait simplement « *habeas corpus* ». Le Conseil interministériel le précisa indiquant que « nul ne peut être arbitrairement détenu. La loi détermine les conditions qui permettent à l’autorité judiciaire d’assurer le respect de cette règle ». Au cours de la discussion à la Commission constitutionnelle du Conseil d’Etat des 25 et 26 août 1958, certains, notamment

¹ RICHER (L.), « Article 15 », in sous la direction de CONAC, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993, p. 317 à 330.

² *Ibid.*

³ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 530 et 531.

Monsieur Janot, représentant du gouvernement, se sont inquiétés de la compatibilité d'une telle possibilité et des dispositions prises par le législateur et le gouvernement en réaction à la situation en Algérie. Il a, dès lors, été décidé que *l'habeas corpus* ne devait pas constituer une obligation pour l'Etat français. Le texte adopté par la Commission indiqua, par conséquent, que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire assure le respect de ce principe dans les conditions déterminées par la loi ». Lors de son allocution à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 27 août 1958, Michel Debré, garde des Sceaux, transforma cet article. Il proposa qu'il soit indiqué que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». Par la suite, tant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat que le Comité interministériel, et le peuple français par référendum, adoptèrent cette formulation¹.

626. Au final, abandonnant l'idée de reconnaître constitutionnellement un véritable droit au contrôle des mesures de contrainte privatives de liberté, les constituants ont préféré adopter une formulation plus large posant le principe de la compétence de l'autorité judiciaire pour contrôler les atteintes à la liberté individuelle mais ne détaillant pas la procédure. Le législateur est, ainsi, resté libre d'organiser l'intervention de l'autorité judiciaire², sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Ainsi, le 29 décembre 1983, celui-ci a censuré les dispositions relatives au droit de perquisition des services fiscaux au motif que le législateur n'avait pas prévu expressément l'intervention et le contrôle de l'autorité judiciaire³.

627. Si elle laisse au législateur le soin de mettre en œuvre ce principe, la Constitution le guide toutefois en imposant la compétence exclusive du juge judiciaire.

2°/ La compétence exclusive du juge judiciaire

628. La Constitution de 1958 a mis fin aux débats antérieurs en la matière. Toutefois, il est possible de s'interroger sur la portée exacte de cette compétence exclusive pour le contentieux spécifique à la contrainte.

¹ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, Tome III, Documentation française, 1991, p. 167 à 169, p. 268 et 269, p. 379 à 388, p. 523, p. 564, p. 585, p. 620 et 687.

² *Ibid.*, p. 167 à 169, p.268 et 269 ; CAMBOT (P.), *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1998, p. 59

³ Cons. Const. Décision n°83-164 DC du 29 décembre 1983 Loi de finances pour 1984, *AJDA* 1984 p. 97 note PHILIP (L.) ; MAYER (D.), « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC* 1988 p. 439 à 446.

629. Les débats antérieurs. Le droit français est caractérisé par une séparation stricte entre l’ordre administratif et l’ordre judiciaire. Toute possibilité d’agir en justice suppose, par conséquent, dans un premier temps, de s’interroger sur l’ordre juridictionnel compétent pour statuer sur cette action. Dès lors qu’une décision des membres de la fonction publique est mise en cause, la compétence de l’ordre administratif pourrait être envisagée. « L’annulation et la réformation des décisions prises, dans l’exercice des prérogatives de la puissance publique, par les diverses autorités administratives » constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹. Les diverses autorités compétentes pour ordonner une mesure de contrainte au cours d’une procédure pénale sont toutes membres de la fonction publique assurant des missions de service public. Les mesures de contrainte avant jugement constituent l’exemple même des « décisions prises dans l’exercice des prérogatives de la puissance publique ». Dès lors, seules les juridictions administratives seraient, en principe, compétentes. Toutefois, les juridictions judiciaires sont, par définition, chargées de la protection des intérêts privés que constituent les droits et libertés individuels. Dès lors, des conflits de juridiction peuvent apparaître.

630. La loi du 7 février 1933 avait interdit au préfet d’élever le conflit en cas d’atteinte à la liberté individuelle par un agent public dans le cadre d’une instance civile, les tribunaux judiciaires étant « exclusivement compétents ». Pour la majorité de la doctrine, ce texte imposait la compétence du juge judiciaire pour toute atteinte à la liberté individuelle. Le Tribunal des conflits a, en 1947, rappelé le principe de la compétence de l’ordre judiciaire en matière de liberté individuelle². Pour autant, il a limité la portée de la loi de 1933 en admettant la compétence du juge judiciaire uniquement pour engager la responsabilité d’agents publics ayant personnellement porté atteinte à la liberté individuelle³, ou pour engager la responsabilité de l’Etat en cas de voie de fait⁴. Cette dernière suppose une illégalité manifeste et une atteinte grave à une liberté fondamentale⁵.

¹ Cons. Const. Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux du Conseil de la concurrence.

² T.C. 18 décembre 1947 Hilaire et Dame Cortesi, *D.* 1948 p. 62 note FREJAVILLE (M).

³ T. C. 27 mars 1952 Dame de la Murette, *D.* 1954 p. 291 note EISENMANN (C.), *RDP* 1952 p. 757 note WALINE (M).

⁴ T.C. 30 octobre 1947 Ep. Barinstein, *D.* 1947 p. 476 note J. (P.L.), *RDP* 1948 p. 86 note WALINE (M).

⁵ « Il y a voie de fait lorsque l’administration soit a procédé à l’exécution forcée, dans des conditions irrégulières d’une décision même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l’un ou l’autre de ces effets si cette décision est manifestement insusceptible de se rattacher à

Cette jurisprudence conduisait à faire du juge administratif le juge de principe pour l'indemnisation des atteintes à la liberté individuelle, le juge judiciaire n'intervenant qu'exceptionnellement. Les rédacteurs de la Constitution de 1958 ont ainsi supprimé toute limite à cette compétence de l'ordre judiciaire pour les atteintes à la liberté individuelle. Aucune responsabilité personnelle, voie de fait ou indemnisation ne subordonne plus cette compétence.

631. La portée de l'article 66 quant aux mesures de contrainte. En 1959, le législateur a repris, à la fois en l'étendant et en le précisant, la solution de 1933. L'alinéa 3 de l'article 136 du Code de procédure pénale dispose que « dans les cas visés aux deux alinéas précédents et dans tous les cas d'atteinte arbitraire à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents ». Plus précisément, seules sont compétentes les juridictions judiciaires pour mettre en œuvre la responsabilité disciplinaire du juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention et du procureur de la République en cas d'« inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt, d'arrêt et de recherche », ainsi que pour « toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les articles 56, 57, 59, 96, 97, 138, et 139 »¹, et pour « tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle ». Le dernier alinéa de l'article 136 dispose que cette compétence est également exclusive « dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du Code pénal qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents ». Cet article semble ainsi être l'application directe de l'article 66 de la Constitution.

632. Cependant, le législateur interprète de manière assez stricte l'article 66 de la Constitution. Il semble, en effet, subordonner l'intervention de l'autorité judiciaire à la définition large de la liberté individuelle. Le choix du Conseil constitutionnel entre la conception étroite et la conception large de celle-ci est fonction du degré de l'atteinte portée à la liberté considérée².

un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ». T.C. 19 novembre 2001, *Dr. Pén.* 2002 Comm. n°62 note MARON (A.).

¹ Il s'agit de dispositions protégeant les principes de légalité, nécessité et proportionnalité des perquisitions, du contrôle judiciaire, de l'assignation à résidence et de la détention provisoire.

² Pour plus de développements sur ce point voir PENA-GAÑA (A.), *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir*, Thèse Aix-en-Provence, 1998, n°325 ; Sous la direction de FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 13e édition, 2010, n°1279 à 1289 ; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, coll. Grandes décisions, 15e édition, 2009, n°18 ; POISSON (J.M.), *Les droits de l'homme et les*

Ainsi, en matière d’atteinte à la vie privée, alors que la décision du 12 janvier 1977 se fonde sur l’article 66 pour sanctionner les dispositions relatives aux fouilles de véhicules¹, la décision du 21 décembre 1999² n’est fondée que sur l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme. Le contrôle de l’autorité judiciaire n’est ainsi pas obligatoire. Il apparaît qu’il s’agissait d’une atteinte assez limitée au secret attaché à la vie privée puisque les dispositions contrôlées obligeaient les médecins à transmettre à l’organisme d’assurance maladie certains éléments précis d’ordre médical justifiant l’arrêt de travail prescrit. Si toutes les mesures de contrainte étudiées ne constituent pas des privations de la liberté individuelle, il semble, cependant, qu’elles supposent toutes un degré de gravité suffisant pour imposer un contrôle effectif de l’autorité judiciaire. Toutefois, au regard de l’article 136 du Code de procédure pénale, la compétence exclusive des juridictions de l’ordre judiciaire semble limitée à la réparation des atteintes à la liberté individuelle c’est-à-dire en cas de violation de la légalité, de la nécessité et de la proportionnalité des mesures de contrainte. Ni les atteintes à la dignité, ni la violation du procès équitable ne semblent pouvoir être incluses. De plus, seules l’indemnisation et la responsabilité disciplinaire du juge d’instruction, du juge des libertés et de la détention et du procureur de la République sont visées. Ainsi, en la matière, la Cour de cassation distingue selon que la faute reprochée peut être qualifiée de faute personnelle ou non. L’indemnisation des atteintes à l’intégrité physique causées par un membre de la police judiciaire ne relève de la compétence de l’ordre judiciaire qu’en cas de faute personnelle de l’agent détachable de sa fonction³.

633. Toutes les mesures de contrainte avant jugement constituent des opérations de police judiciaire⁴. Tant le Tribunal des conflits⁵ que le Conseil d’Etat¹ reconnaissent la compétence

libertés fondamentales à l’épreuve de la dualité de juridictions, L’Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2003, en particulier p. 95 à 107 et p. 222 à 240.

¹ Cons. Const. Décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977 Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales, *D.* 1978 p. 173 note HAMON (L.) et LEAUTE (J.), *RDJ* 1978 p. 821 obs. FAVOREU (L.), *AJDA* 1978 p. 215 note RIVERO (J.).

² Cons. Const. Décision n°99-422 DC du 21 décembre 1999, *RDJ* 2001 p. 76 note ROUSSEAU (D.).

³ Crim. 10 février 2009, *AJ pén.* 2009 p. 231 obs. LASSERRE CAPDEVILLE (J.).

⁴ Cf supra n°325 et s..

⁵ Trib. Conflits 9 juillet 1953, A. Nardon et autres, *JCP* 1953 II 7797 obs. RIVERO (J.). Dans cette affaire, trois fonctionnaires de police ont été poursuivis pour coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner à la suite de sévices lors d’un interrogatoire dans les locaux de police. Selon le Tribunal des conflits « les actes allégués à l’encontre des trois fonctionnaires susnommés se rattachent au fonctionnement de la police judiciaire et l’appréciation de ces actes n’appartient pas à la juridiction administrative ». Interprétant strictement l’article 136 du CPP considéré comme dérogeant au principe de séparation des deux ordres, le Tribunal des Conflits continue à reconnaître la compétence des juridictions administratives en cas d’atteintes à la liberté individuelle commises au cours d’une opération de police administrative. La compétence de la juridiction judiciaire est alors limitée soit à l’indemnisation du préjudice subi du fait d’une décision administrative jugée illégale par l’ordre administratif soit à la voie de fait. Toutefois, la distinction entre opération de police judiciaire et de police administrative est, rappelons-le, délicate à mettre en œuvre. Le Conseil constitutionnel estime, quant à lui, que le caractère administratif de l’opération

exclusive des juridictions judiciaires en matière d'opérations de police judiciaire au-delà de toute atteinte à la liberté individuelle. De même, le Conseil constitutionnel considère que sont exclues de la compétence des juridictions administratives les « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ». Parmi ces matières, sont traditionnellement énumérées, outre les décisions portant des atteintes particulièrement graves à la liberté individuelle² et au droit de propriété³, les décisions relatives à l'exécution du service public de la justice. Les mesures de contrainte relèvent de l'exécution du service public de la justice.

634. De plus, selon une jurisprudence traditionnelle « il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration »⁴. Certes, le législateur a admis un certain nombre d'exceptions à ce principe. Cependant, ces dernières sont interprétées de manière stricte. Dès lors, seul le juge judiciaire est compétent de manière générale pour ordonner la mainlevée immédiate d'une décision prise par l'administration ou l'indemnisation du préjudice causé par une telle décision. Ce second principe jurisprudentiel pourrait ainsi à son tour justifier la compétence de l'ordre judiciaire⁵ pour tout contrôle du respect des droits et principes constituant l'encadrement des mesures de contrainte.

635. Sous l'influence du droit européen, Le principe d'un contrôle par l'autorité judiciaire est devenu un véritable droit spécifique à la contrainte probatoire.

B- Un droit européen spécifique

n'exclut pas l'intervention de l'autorité judiciaire comme protectrice de la liberté individuelle. Voir Cons. Const. Décision n°79-109 DC du 9 janvier 1980 Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration. L'abandon de cette jurisprudence du Tribunal des Conflits paraît, dès lors, nécessaire afin d'éviter toute hésitation et de rendre effective cette garantie dans tous les cas d'intervention des autorités publiques constituant une atteinte à la liberté individuelle.

¹ CE 27 février 1929 Abbé Doucet, *Rec.* p. 246 (libre exercice du culte) ; CE 11 mai 1951 Consorts Baud, *Rec.* p. 265 (dommage causé par une opération de police judiciaire).

² T.C. 18 décembre 1947 Hilairé et Dame Cortesi, *D.* 1948 p. 62 note FREJAVILLE (M.).

³ T.C. 4 juin 1940 Société Schneider et Cie, *Rec.* p. 248.

⁴ Voir notamment CE 15 février 1978 Plantureux, *Rec.* p. 73 ; CE 19 avril 1989 Boyer, *Rec.* p. 113 ; CE 12 mars 1993 Union nationale écologiste, *Rec.* p. 67.

⁵ Sur ce point notamment BRAUD (P.), *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, p. 249.

636. Après la seconde guerre mondiale, les textes internationaux, en particulier européens, ont reconnu un droit subjectif au procès équitable à l’encontre des mesures de contrainte ne respectant pas les droits et principes les encadrant. La Convention européenne des droits de l’homme a reconnu à l’individu contraint un droit au contrôle de la mesure à laquelle il est soumis (1°) ainsi qu’un droit à l’indemnisation (2°).

1°/ Un droit au contrôle

637. Les articles 5 et 13 de la Convention européenne des droits de l’homme se complètent en permettant un contrôle judiciaire destiné à assurer l’effectivité des droits et libertés de l’individu contraint.

638. L’article 5. Si les premiers paragraphes de l’article 5 de la Convention européenne des droits de l’homme ne font que reprendre des dispositions issues de la protection de la liberté individuelle déjà présentes en 1789, les paragraphes suivants sont l’exemple même des prérogatives reconnues, après la seconde guerre mondiale, à l’être humain soumis à une mesure de contrainte. Aussi, l’article 5§4 prévoit l’obligation pour l’Etat de reconnaître un droit de recours contre les mesures privatives de liberté. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, « une voie de recours, au sens de l’article 5§4 de la Convention, doit exister avec un degré suffisant de certitude pour fournir à l’individu concerné une protection appropriée contre une privation de liberté ». L’article 5§4 « ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d’une portée telle qu’il habiliterait le « tribunal » à substituer sur l’ensemble des aspects de l’affaire, y compris les considérations d’opportunité, sa propre appréciation à celle de l’autorité dont émane la décision. Il n’en veut pas moins un contrôle assez ample pour s’étendre à chacune des conditions indispensables, au regard de la Convention, à la régularité de la détention d’un individu assujéti au type particulier de privation de liberté appliqué au requérant »¹. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, la légalité d’une « arrestation ou détention » s’apprécie sous l’angle du droit interne, du texte de la Convention, des principes généraux qu’elle consacre et du but des

¹ CEDH 21 février 1996, Hussain contre Royaume-Uni, Requête n° 21928/93, §57 ; CEDH 2 mars 1987, Weeks contre Royaume-Uni, Requête n° 9787/82, §59 ; CEDH 24 juin 1982, Van Droogenbroeck contre Belgique, Requête n° 7906/77, §49.

restrictions qu'autorise l'article 5§1¹. Dès lors, l'individu privé de liberté doit être titulaire d'un droit d'exercer un recours lui permettant de faire contrôler le respect de l'ensemble des droits et principes encadrant les mesures de contrainte.

639. Cette disposition ne s'applique qu'aux mesures privatives de liberté. Cependant, des dispositions complémentaires permettent d'étendre ce droit à toute mesure de contrainte.

640. Des dispositions complémentaires. L'article 13 de la Convention prévoit, quant à lui, le recours effectif contre toute décision contraire à l'un des droits et libertés reconnus par la Convention. Il a pour conséquence d'exiger un recours interne « habilitant l'instance nationale qualifiée à connaître du contenu du grief fondé sur la convention et, de plus, à offrir le redressement approprié »². L'article 13 est ainsi plus général que l'article 5§4, en ce qu'il peut s'appliquer à l'ensemble des mesures de contrainte et non simplement aux privations de liberté. Il est également plus restrictif, seul le contrôle de conventionnalité de la décision étant imposé. Cependant, tout au long de ces développements, il a pu être constaté que tous les droits et principes encadrant les mesures de contrainte ont été, soit reconnus, soit simplement rappelés par la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 13 permet ainsi d'attribuer à l'individu contraint, quelle que soit la mesure subie, un droit d'exercer un recours permettant le contrôle du respect de l'ensemble des droits et principes constituant l'encadrement des mesures de contrainte. Les articles 5§4 et 13³ ne sont ainsi pas alternatifs mais complémentaires. Le fait que la décision de recourir à une mesure de contrainte soit prise par l'autorité judiciaire ne dispense pas l'Etat d'organiser un droit de recours effectif contre cette décision. Plus précisément, la Convention européenne des droits de l'homme impose, outre que la décision de recourir à une mesure privative de liberté soit prise par l'autorité judiciaire, que le droit national ouvre un contrôle périodique automatique des privations de liberté et organise un recours contre toute mesure devant un tribunal sur demande de l'intéressé.

641. L'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose, quant à lui, que « les mesures de contrainte [...] sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire ». Cet

¹ CEDH 2 mars 1987, Weeks contre Royaume-Uni, Requête n° 9787/82, §57 ; CEDH 24 juin 1982, Van Droogenbroeck contre Belgique, Requête n° 7906/77, §48.

² CEDH 7 juillet 1989, Soering contre Royaume-Uni, Requête n° 14038/88, §120.

³ Ainsi que l'article 5§3.

article crée une alternative, l’autorité judiciaire intervenant soit dès la décision de recourir à une mesure de contrainte, soit *a posteriori*. Cette rédaction laisse dès lors sceptique au regard du système de contrôle mis en place par la Convention européenne des droits de l’homme. Il aurait été plus respectueux de celle-ci que le législateur précise que « les mesures de contrainte privatives de liberté sont prises sur décision et sous le contrôle effectif de l’autorité judiciaire. Toute mesure de contrainte peut faire l’objet d’un recours devant l’autorité judiciaire ».

642. Le non respect des droits et principes encadrant les mesures de contrainte ouvre également, selon la Convention européenne des droits de l’homme, un droit à indemnisation.

2°/ Un droit à indemnisation

643. L’article 5§5 reconnaît un droit à indemnisation à l’individu privé de sa liberté. Là encore, des dispositions complémentaires peuvent être invoquées.

644. L’article 5§5. L’article 5§5 de la Convention européenne des droits de l’homme stipule, quant à lui, que « toute personne victime d’une arrestation ou d’une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation ». Selon la Cour européenne des droits de l’homme, l’article 5§5 « édicte une règle de fond : figurant parmi les clauses « normatives » du titre 1 de la Convention, il garantit un droit individuel dont le respect s’impose d’abord aux autorités des Etats contractants, ainsi que le confirme l’emploi de l’adjectif « *enforceable* » dans le texte anglais »¹. La Convention impose, ainsi, aux Etats de prévoir un mécanisme interne de réparation dès lors qu’une personne a subi une privation de liberté irrégulière tant sur le plan interne qu’au regard de la Convention². Surtout, elle reconnaît un véritable droit subjectif à cette indemnisation. En revanche, l’article 5§5 ne reconnaît pas à

¹ CEDH 7 mai 1974, Neumeister contre Autriche, Requête n° 1936/63, §30. « *Enforceable* » peut en effet être traduit par le terme « exécutoire »

² CEDH 29 novembre 1988, Brogan et autres contre Royaume-Uni, Requêtes n°11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85.

l'accusé le droit à un dédommagement pour une détention provisoire conforme aux exigences de l'article 5¹. La cour rappelle régulièrement qu'aucune clause de la Convention ne donne à l'accusé un droit au remboursement de ses frais, ou un droit à réparation pour une détention provisoire régulière, en cas d'arrêt des poursuites engagées contre lui². Dès lors que les conditions de l'article 5 ont été respectées, aucune indemnisation n'est due même si la personne est finalement reconnue innocente.

645. Des dispositions complémentaires. Certaines requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme ont invoqué le fait que la présomption d'innocence rappelée par l'article 6§2 empêcherait « d'imposer la charge de frais de procédure et d'une indemnité de dépens à une personne qui a bénéficié d'un classement, d'un non-lieu, d'un acquittement ou de la prescription »³. La Cour européenne des droits de l'homme se refuse à une telle obligation⁴. De même, la Commission européenne a estimé qu'« on ne saurait déduire de l'article 6§2 une obligation générale de l'Etat d'accorder à tout accusé qui, finalement, n'a pas été reconnu coupable par un tribunal compétent, une réparation au titre de la période passée en détention provisoire »⁵. Le droit à l'indemnisation et au remboursement des frais est conçu comme une sanction du non respect des droits de l'individu et non de l'erreur d'appréciation commise. En effet, les mesures de contrainte probatoire supposent par définition un doute et non une certitude.

Cependant, là encore, il est possible d'invoquer l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, en vertu de cet article, l'instance nationale qualifiée doit offrir le redressement approprié⁶. L'indemnisation peut constituer ce dernier. Dès lors, le même raisonnement que celui évoqué précédemment quant aux liens entre l'article 5§4 et l'article 13 peut être repris ici pour justifier l'existence d'un droit à indemnisation pour tout individu contraint.

¹ CEDH 25 août 1993, Sekanina contre Autriche, Requête n° 126/87.

² CEDH 25 août 1987, Englert contre Allemagne, Requête n° 10282/83.

³ CEDH 25 mars 1983, Minelli contre Suisse, Requête n° 8660/79, §34.

⁴ CEDH 25 mars 1983, Minelli contre Suisse, requête n° 8660/79 ; CEDH 25 août 1987, Lutz contre Allemagne, Requête n° 9912/82.

⁵ Commission EDH 2 septembre 1959 ; VAN DE KERCHIVE (M.), « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *RJC* 1992, p. 2 à 15.

⁶ CEDH 7 juillet 1989, Soering contre Royaume-Uni, Requête n° 38/88, §120.

646. Par ailleurs, une fois l’ensemble des voies de recours internes épuisées, l’individu, s’estimant victime d’une violation des droits et libertés proclamés par la Convention européenne des droits de l’homme, peut saisir la Cour européenne des droits de l’homme. En vertu de l’article 50 de la Convention, « si la Cour déclare qu’il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d’effacer qu’imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s’il y a lieu, une satisfaction équitable ». Les arrêts de la Cour n’ayant qu’un caractère déclaratoire, la « satisfaction équitable consiste en une indemnité, la Cour n’ayant pas compétence pour annuler une mesure d’ordre interne ou pour condamner l’Etat à une obligation de faire »¹. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, l’article 5§5 « n’est pas une *lex specialis* dérogeant à la *lex generalis* [de l’article 50] et donc l’excluant »². L’article 50 édicte, en fait, une règle de compétence alors que l’article 5§5 est une règle de fond et l’un des éléments à prendre en considération dans l’exercice du pouvoir d’accorder une satisfaction équitable³. De plus, alors que l’article 5§5 ne vise que les détentions et arrestations, l’article 50 vise la violation de l’ensemble des droits et libertés de la Convention. L’ensemble des mesures de contrainte intéressant cette étude peuvent, par conséquent, faire l’objet d’un contrôle par la Cour européenne des droits de l’homme et d’une condamnation à une satisfaction équitable. Pour obtenir une satisfaction équitable, le requérant doit établir que les juridictions internes ne lui ont accordé qu’une indemnisation, ou toute autre mesure réparatrice de son préjudice, partielle.

647. Conformément, tout d’abord, à ce principe constitutionnel, puis, à ce droit européen, le législateur français a mis en place divers recours qui se complètent.

§2- La diversité des recours

¹ CEDH 22 juin 1972, Ringeisen, Requête n° 2614/65.

² CEDH 7 mai 1974, Neumeister, Requête n° 1936/63.

³ SHARPE (J.L.), « Article 50 », in sous la direction de PETTITI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l’homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 809 à 842.

648. Le législateur a, progressivement, organisé des recours permettant tant de sanctionner la procédure (A) que les autorités (B) en cas de non respect des droits et principes constituant l'encadrement de la contrainte probatoire.

A- Les sanctions « procédurales »

649. La violation de l'encadrement des mesures de contrainte peut conduire le juge judiciaire soit à mettre fin à ces mesures (1°), soit à faire disparaître l'acte à l'origine de celles-ci (2°).

1°/ La fin de la contrainte

650. Le législateur a, peu à peu, organisé un droit à demander la fin de la contrainte lorsque les droits et libertés sont atteints. La gravité de l'atteinte peut exiger que cette cessation soit ordonnée en référé.

651. Un droit en cas d'atteinte aux droits et libertés. Cela a été souligné régulièrement, le juge judiciaire peut mettre fin aux mesures de contrainte lorsqu'il estime que les droits et principes les encadrant ne sont pas respectés. Toutefois, est-il possible de parler de l'existence d'un *habeas corpus* en droit français ? Depuis la loi du 15 juin 2000¹, la mainlevée de la détention provisoire, du contrôle judiciaire, et plus récemment de l'assignation à résidence, peut être demandée au juge des libertés et de la détention tout au long de l'instruction². Toutefois, cela ne peut être rapproché de *l'habeas corpus* puisque la personne à l'origine de la mesure peut être compétente. En revanche, en droit anglo-saxon, la procédure *d'habeas corpus*³ permet au détenu, son représentant ou toute personne intéressée de demander que soit délivré en faveur du détenu

¹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes

² Le juge des libertés et de la détention est également compétent en cas d'annulation de l'ordonnance de mise en accusation et de renvoi devant le juge d'instruction pour complément de l'information. Crim. 16 février 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°292 Obs. BUISSON (J.).

³ *L'habeas corpus* britannique contre les détentions illégales résulte de la *Petition of Right* de 1628. Cette procédure fut complétée par *l'Habeas Corpus Act* de 1679.

un « *writ d’habeas corpus* » par tout juge de la *High Court of Justice* pour toute détention illégale. Cette demande doit être étudiée en priorité sur toute autre affaire. Une fois le *writ* obtenu, le ministère public doit se présenter devant le tribunal accompagné du détenu dans un délai maximal de trois jours. Le juge va alors procéder à l’examen du bien-fondé de la détention. Si le défendeur ne peut justifier de manière convaincante la détention, il doit libérer la personne immédiatement. Un appel est toutefois possible. Si la personne n’est pas traduite devant le juge dans les trois jours ou en cas de non libération, un *contempt of court* peut être relevé. *L’habeas corpus* constitue ainsi un contrôle de la seule opportunité de la privation de liberté par un tiers. La procédure de mainlevée française ne peut, par conséquent, réellement être considérée comme une procédure *d’habeas corpus*. Cependant, l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit en son article 112-5 que « toute personne présumée innocente qui est privée de liberté à la suite d’une décision n’émanant pas d’un juge ou d’une juridiction doit comparaître dans un délai de quarante-huit heures au plus tard devant un juge ou une juridiction pour que soit examiné le bien fondé de sa privation de liberté ». Cette disposition tend ainsi à la création d’une véritable procédure *d’habeas corpus* en droit interne à l’encontre des privations de liberté décidées par exemple par les services de police ou le procureur de la République telles que les gardes à vues ou la retenue douanière. Toutefois, la portée d’une telle disposition serait limitée dans le cadre de la contrainte probatoire. Cette disposition ne pourrait, au regard du délai de comparution devant le juge, être intéressant que pour les gardes à vue permettant une prolongation exceptionnelle, à savoir en cas de criminalité et de délinquance organisée ou de terrorisme.

652. En outre, la violation de certains droits reconnus à tout individu, et non spécifiques à l’individu contraint, peut conduire à la cessation anticipée de la mesure de contrainte. Ainsi, le non-respect de la célérité de la procédure pénale entraîne, outre les sanctions spécifiques attachées à ce corollaire du procès équitable, la fin des privations de liberté. L’article 5§3 de la Convention européenne des droits de l’homme dispose, en effet, que « toute personne arrêtée ou détenue [...] a le droit d’être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l’intéressé à l’audience ». La Cour européenne des droits de l’homme précise qu’« on ne concevrait pas [que les Hautes parties contractantes] aient entendu réserver à leurs autorités judiciaires la faculté, moyennant libération des accusés, de poursuivre les procédures au-delà d’une durée raisonnable, ce qui du reste serait en contradiction formelle avec les dispositions de l’article 6§1. [...] C’est donc essentiellement en fonction de l’état de détention de la personne poursuivie que les

tribunaux nationaux, et éventuellement après la Cour européenne des droits de l'homme, doivent apprécier si le délai écoulé, pour quelle que cause que ce soit, avant jugement de l'accusé, a dépassé à un moment donné les limites raisonnables, c'est-à-dire celle du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente. En d'autres mots, c'est, au sens de l'article 5§3, la détention provisoire des accusés qui ne peut être maintenue au-delà des limites raisonnables »¹. Les articles 5§3 et 6§1 sont donc liés. Ni la procédure ni les mesures privatives de liberté ne peuvent excéder une durée raisonnable. Si la célérité de la procédure n'est pas assurée et que cela a pour conséquence de rendre la privation de liberté non proportionnée, la personne doit être libérée. D'ailleurs, la conduite de la procédure est l'un des critères pris en compte pour apprécier le caractère raisonnable des mesures privatives de liberté². Si le droit d'être jugé dans un délai raisonnable de l'article 6§1 ne s'applique qu'aux procédures relatives au bien-fondé d'une accusation pénale, cette « règle ne dispense pas les juges d'instruction de faire preuve de célérité dans la conduite d'une phase de la procédure de nature à faire la lumière sur le bien-fondé ou le mal-fondé de l'accusation »³. En ce sens, le législateur interne a mis en place un certain nombre de dispositions qui vont permettre à la personne soumise à une détention provisoire d'être libérée à défaut de célérité de la procédure. Ainsi, depuis la loi du 6 août 1975⁴, en vertu de l'article 148-4 du Code de procédure pénale, « à l'expiration d'un délai de quatre mois depuis sa dernière comparution devant le juge d'instruction ou le magistrat par lui délégué et tant que l'ordonnance de règlement n'a pas été rendue, la personne détenue ou son avocat peut saisir directement d'une demande de mise en liberté la chambre de l'instruction ». La dernière comparution peut être un interrogatoire mais également la notification des conclusions d'un rapport d'expertise, le renouvellement de la détention provisoire ou une parade d'identification⁵. La personne détenue peut multiplier les demandes tant que le juge d'instruction ne l'aura pas entendue, et tant que l'ordonnance de règlement n'est pas rendue⁶. Cependant, est irrecevable la requête d'une personne détenue qui a refusé d'être extraite de la maison d'arrêt et de déférer aux convocations du magistrat instructeur et qui, du fait de son

¹ CEDH 27 juin 1968, Wemhoff contre RFA, Requête n° 2122/64.

² Cf. supra n°443.

³ CEDH 27 juin 1968, Neumeister contre Autriche, Requête n° 1936/63.

⁴ Loi n°75-701 du 6 août 1975 portant dispositions de procédure pénale.

⁵ Crim. 13 janvier 1993, RSC 1993 p. 796 Chr. BRAUNSCHWEIG (A.), D. 1993 SC p. 205 obs. PRADEL (J.); ANGEVIN (H.), *La pratique de la chambre d'accusation Traité formulaire*, Litec, 1994, n°328 à 330. Il faut noter que le président de la chambre de l'instruction peut, depuis la loi du 30 décembre 1987, en vertu de l'article 221-1 du CPP, saisir la chambre de l'instruction d'une requête tendant au dessaisissement du juge d'instruction quand un délai de quatre mois s'est écoulé depuis la date du dernier acte de l'instruction nécessaire à la manifestation de la vérité.

⁶ Crim. 9 janvier 1986, Bull. n°12.

opposition systématique, n’a pas comparu depuis plus de quatre mois¹. C’est bien l’absence de célérité des autorités chargées de la procédure qui est ainsi sanctionnée. L’individu contraint ne saurait invoquer ses propres manœuvres dilatoires.

653. De même, lorsque la personne est détenue, le législateur a imposé aux juges saisis du fond de l’affaire des délais pour statuer, à défaut la personne est libérée. Le législateur a, ainsi, voulu inciter les juges à faire preuve de diligence au moment du jugement sur le fond sous la menace d’un jugement par défaut. A titre d’exemple, lorsque le procureur de la République a opté pour la comparution immédiate et que le prévenu a été placé en détention provisoire, en vertu des articles 395 et suivants, la personne doit être libérée si le jugement sur le fond n’a pas été rendu dans le délai de deux mois.

654. La mainlevée de la privation de liberté peut, parfois, être ordonnée en référé.

655. Le référé-liberté. La loi du 24 août 1993 a mis en place le « référé-liberté ». Ces dispositions, instituées comme une contrepartie de la restitution au juge d’instruction du pouvoir de placer en détention provisoire², ont été maintenues, malgré la création du juge des libertés et de la détention, par la loi du 15 juin 2000. Le système mis en place en 1993 était extrêmement lourd. En effet, il permettait à la personne interjetant appel d’une ordonnance de placement en détention provisoire, au plus tard le jour suivant de cette décision, de demander au président de la chambre d’accusation de déclarer l’appel suspensif. Le président devait statuer, sans débat contradictoire, au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande, par une ordonnance motivée insusceptible de recours. Si le président estimait que la détention provisoire n’était pas manifestement nécessaire jusqu’à la décision sur l’appel, il ordonnait la suspension de l’ordonnance. Cette procédure lourde était peu utilisée³. Prenant acte de cet échec, le législateur a modifié cette procédure de référé-liberté par la loi du 30 décembre 1996⁴. Désormais, en vertu de

¹ Crim. 9 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 1985 2^e sem. Rec. des somm. p. 219.

² ARRIGHI (C.), « L’extension des pouvoirs propres du président de la chambre d’accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993 », *RSC* 1995 p. 271 à 279.

³ Cf. supra n°383 ; BRUAULT-JAMIN (V.), « La réforme de la procédure dite du « référé-liberté » (article 11 de la loi n°96-1235 du 30 décembre 1996) Chronique d’un échec peut-être remédiable », *Rev. Pénit.* 1997 p. 159 à 172 ; ARRIGHI (C.), « Les pouvoirs du président de la chambre d’accusation après la loi du 30 décembre 1996 », *RSC* 1998 p. 687 à 695.

⁴ Loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

l'article 187-1 du Code de procédure pénale « en cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la chambre de l'instruction ou, en cas d'empêchement, au magistrat qui le remplace, d'examiner immédiatement son appel sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction ». Le président de la chambre de l'instruction, qui doit statuer dans les trois jours, doit contrôler que les conditions de l'article 144 du Code de procédure pénale sont respectées¹. Le président de la chambre de l'instruction contrôle ainsi la légalité et la nécessité de la détention provisoire. A défaut, il pourra ordonner la mise en liberté du détenu provisoire, éventuellement sous contrôle judiciaire. La chambre de l'instruction ne sera saisie que si son président estime que les conditions de l'article 144 sont respectées. Depuis la loi du 15 juin 2000², l'article 187-2 du Code de procédure pénale permet à la personne exerçant un référé-liberté de demander directement à la chambre de l'instruction de statuer sur ce référé³. Le non-respect des principes de légalité et de nécessité constitue une atteinte suffisamment grave à la liberté individuelle pour qu'une mainlevée soit ordonnée immédiatement.

656. En outre, le non respect de l'encadrement de la contrainte peut entraîner la disparition de l'acte à l'origine de la mesure mise en œuvre.

2°/ La disparition de l'acte originaire

657. De manière traditionnelle, la réformation, la nullité et la cassation permettent de sanctionner tout acte de procédure non conforme aux droits et libertés. Bien que ces sanctions soient antérieures à la Constitution de 1958, celle-ci semble en conforter le principe.

658. La nullité et la réformation. Ces deux types de recours ont été régulièrement évoqués et leur importance pour assurer l'effectivité de l'encadrement de la contrainte probatoire a été suffisamment soulignée. Il est dès lors inutile de revenir sur ce point.

¹ L'article 144 du CPP, rappelons-le, énonce que la détention provisoire ne peut être ordonnée que si elle est l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs qu'elle énumère.

² Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

³ Il faut noter que l'avant-projet de Code de procédure pénale semble reprendre cette procédure sans modification. Voir article 221-20.

659. Il convient, toutefois, de s’interroger sur la portée de la réforme envisagée par l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010. En effet, l’article 132-15 de cet avant-projet prévoit que « la violation d’une (...) formalité ne peut (...) conduire à la nullité de l’acte intervenu que si elle a eu effectivement pour conséquence de porter atteinte aux intérêts de la partie qu’elle concerne ou que s’il s’agit d’une nullité d’ordre public ». Certains auteurs, tels que Madame Rassat, ont souligné que le reste des dispositions de l’avant-projet ne fait aucunement référence aux nullités d’ordre public. Au contraire, toute la réglementation proposée ne s’intéresse qu’aux nullités d’ordre privé. De plus, en vertu de l’article 343-5 alinéa 2 de l’avant-projet, la chambre de l’enquête et des libertés ne peut soulever d’office que les causes de nullité postérieures à une précédente saisine. L’avant-projet risque ainsi d’amener à la disparition des nullités d’ordre public¹. Ce type de nullité permet d’assurer l’effectivité de nombreux droits et principes constituant l’encadrement de la contrainte probatoire. Ces propositions sont dès lors inquiétantes.

660. La cassation. En vertu de l’article 567 du Code de procédure pénale, « les arrêts de la chambre de l’instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation [...] ». Ainsi, toutes les décisions de la chambre de l’instruction en matière de contrainte, qu’elle ait été saisie d’un appel ou d’une requête en nullité, pourront faire l’objet d’un pourvoi et éventuellement être cassées. Le pourvoi doit être formé dans les cinq jours du prononcé de la décision comme en toute matière. Une interrogation s’est, cependant, posée quant à la recevabilité d’un pourvoi immédiat contre les décisions relatives, par exemple, à la détention provisoire. En effet, en principe, les jugements avant dire droit, ne mettant pas fin à la procédure, ne peuvent être examinés qu’avec le pourvoi formé contre les décisions relatives au fond de l’affaire. Une décision relative à la détention provisoire ou à toute autre mesure de contrainte ne met pas, par définition, fin à la procédure. Cependant, dans un souci de bonne administration de la justice, la jurisprudence a, dès la fin du XIX^e siècle, admis la recevabilité immédiate des pourvois contre ces décisions et a maintenu cette solution bien qu’elle n’ait été consacrée expressément ni par le Code d’instruction criminelle ni par le Code de procédure pénale ou l’une de leurs multiples réformes². Même si la Cour de cassation n’est que juge du droit et non du fond, la Cour européenne des droits de l’homme considère le pourvoi en cassation comme un recours disponible, adéquat et efficace permettant d’assurer un contrôle de l’encadrement des mesures de

¹ RASSAT (M.L.), « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP* 2010 Aperçu Rapide 369.

² Sur ce point voir notamment Crim. 25 juin 1959, *JCP* 1959 II 11288 note VOUIN (R.) ; Crim. 11 janvier 1981, *D.* 1981 p. 196 note R. (J.M.) ; JEANDIDIER (W.), *La juridiction d’instruction au second degré*, Cujas, 1982, p. 320.

contrainte. En effet, le pourvoi en cassation est selon la Cour européenne des droits de l'homme « une voie de recours efficace à épuiser, dans la mesure où la Cour de cassation est à même d'apprécier, sur la base d'un examen de la procédure, le respect de la part des autorités judiciaires » des exigences des premiers paragraphes de l'article 5 conformément au paragraphe 4 de ce même article¹. Si cette décision est relative aux mesures de contrainte privatives de liberté, elle ne peut qu'être étendue à l'ensemble des mesures de contrainte moins graves.

661. Toutefois, cette sanction de la procédure est insuffisante pour assurer l'effectivité des droits et principes encadrant les mesures de contrainte. Aussi, le législateur a-t-il également mis en place des possibilités de sanction des agents titulaires du pouvoir de contrainte ou chargés de sa mise en œuvre.

B- La sanction des autorités

662. En cas de faute des individus titulaires du pouvoir de contrainte ou chargés de l'exécution des mesures de contrainte, le principe est la responsabilité de l'Etat (1°). Cependant, une responsabilité personnelle se développe (2°).

1°/ Le principe de la responsabilité de l'Etat

663. Une responsabilité de l'Etat spécifique a été prévue en cas de détention provisoire. Pour autant, l'évolution de la responsabilité étatique générale relative au fonctionnement du service de la justice offre certaines potentialités pour l'ensemble des mesures de contrainte.

664. La responsabilité en cas de détention provisoire. En droit interne aucune disposition constitutionnelle ne reconnaît expressément le droit à indemnisation de l'individu soumis à une mesure de contrainte constituant une atteinte excessive à ses droits et libertés. Un tel droit

¹ CEDH 20 janvier 2000, Yahiaoui contre France, Requête n°30962/96, en matière de délai raisonnable d'une mesure privative de liberté.

pourrait, toutefois, être considéré comme un corollaire du contrôle des décisions portant atteinte aux droits et principes encadrant la contrainte. L’indemnisation est, en effet, la mesure de redressement la plus adéquate lorsque la mesure de contrainte a pris fin. Aussi, le législateur français a-t-il progressivement reconnu de sa propre initiative un tel droit à indemnisation.

A la suite de l’affaire Calas, Louis XV avait attribué une somme aux héritiers de celui-ci afin d’indemniser sa détention¹. Après la Révolution française, le projet de Code d’instruction criminelle comportait des dispositions tendant à l’indemnisation des détentions provisoires suivies d’un non-lieu ou d’un acquittement. Cependant, ces dispositions ne furent finalement pas adoptées². En 1895, une proposition mettant en place une telle indemnisation fut à son tour abandonnée à la suite d’une série d’attentats à Paris. En 1910, un crédit de 10 000 francs fut inscrit dans la loi de finances pour le « secours aux individus relaxés ou acquittés » dès lors que leur innocence était clairement reconnue. Malgré le renouvellement de ce crédit chaque année, pendant longtemps, les juridictions refusèrent d’allouer une indemnité et de reconnaître l’Etat responsable³ en dehors des cas de la prise à partie⁴ et du pourvoi en révision. Les juridictions se retranchaient alternativement derrière soit le fait que les règles relatives à la responsabilité de la puissance publique étaient inapplicables devant les juridictions judiciaires, soit le principe de l’autorité de la chose jugée, soit une interprétation *a contrario* des textes relatifs à la prise à partie et au pourvoi en révision. Cependant, la Cour de cassation en 1956, reprenant la solution admise par le Conseil d’Etat dès 1905 en matière d’opération de police administrative⁵, avait mis fin à l’irresponsabilité de l’Etat du fait des services judiciaires. Dans l’arrêt Giry, elle admit la responsabilité de l’Etat du fait des dommages causés à un collaborateur occasionnel des services de police judiciaire au cours de sa mission⁶. A la suite de cet arrêt, certains auteurs ont appelé à l’extension de cette décision à l’hypothèse d’une personne placée en détention provisoire puis reconnue innocente⁷. A la fin des années soixante, le tribunal de grande instance de Paris, dans plusieurs décisions, admit la possibilité d’une telle responsabilité en cas de détention provisoire

¹ KARSENTY (D.), « La réparation des détentions », *JCP* 2003 I 108.

² BRYON (O.), « Des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d’acquiescement à raison de la détention provisoire subie », *RSC* 1971 p. 577.

³ TOUFFAIT (A.), « Des principes applicables à l’allocation de l’indemnité réclamée à raison d’une détention préventive », *D.* 1971 Chr. p. 189 à 196 ; LEAUTE (J.), « Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive », *D.* 1966 Chr. p. 61 à 64.

⁴ La prise à partie suppose un dol, une fraude, une concussion, une faute lourde lors de l’instruction ou des jugements ou un déni de justice.

⁵ CE 10 février 1905, Tomaso-Grecco, Rec. 139 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 17^e édition, 2009, n°14.

⁶ Civ. 23 novembre 1956, *D.* 1957 p. 34 concl. LEMOINE.

⁷ LEAUTE (J.), « Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive », *D.* 1966 Chr. p. 61 à 64 ; VEDEL (J.) obs. sous l’arrêt Baud, *JCP* 1962 II 12560.

irrégulière ou inutile à condition que le requérant rapporte la preuve d'une faute de service et de son innocence¹. Toutefois, en 1970, le crédit de 18000 francs alloué par la loi de finances pour « le secours aux individus relaxés ou acquittés » n'avait pas été épuisé.

665. Sous l'influence de cette jurisprudence, de la doctrine et de l'opinion publique, la loi du 17 juillet 1970² institua les articles 149 et suivants du Code de procédure pénale organisant l'indemnisation de la détention provisoire. Depuis lors, ce principe n'a pas été remis en cause. Seules son organisation et les conditions d'ouverture de l'indemnisation ont été modifiées par la loi du 15 juin 2000³.

Au regard des travaux parlementaires et de l'absence de la notion de faute dans les textes, l'indemnisation par l'Etat de la détention provisoire est fondée sur la théorie du risque et la rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques⁴. Certains auteurs, tels que Monsieur Léauté, avaient préconisé un tel fondement. Ils estimaient que l'individu ayant été privé de sa liberté pour servir la manifestation de la vérité dans l'intérêt général, l'exigence de la preuve d'une faute obligerait les juridictions de jugement à juger de la régularité de l'instruction dans un autre cas que celui des nullités. Cela conduirait à une rupture d'égalité, une telle preuve n'étant pas exigée en cas de pourvoi en révision⁵. Ce fondement a été critiqué. Monsieur Bryon estimait, par exemple, que « c'est admettre que nous sommes tous exposés à aller en prison, ce qui n'est guère concevable dans un régime démocratique »⁶. Cependant, ce fondement n'a pas été remis en cause par le législateur depuis la loi du 17 juillet 1970. Certains estiment, d'ailleurs, qu'il s'agit plus de la magnanimité de l'Etat que de sa responsabilité puisque l'indemnité est facultative⁷. Cette dernière remarque peut être remise en cause depuis que la loi du 15 juin 2000 a modifié la rédaction de l'article 149 du Code de procédure pénale. Désormais, cet article reconnaît à l'individu un « droit à indemnisation » faisant ainsi échos aux exigences européennes. La loi du 30 décembre 2000⁸ a remplacé la notion d'indemnisation par l'expression « réparation intégrale » par. Désormais, la

¹ TGI Paris 15 octobre 1969, Arrêt Ouakorri, *JCP* 1970 II 16153 concl. JEGU et obs. BATIGNE (J.) ; TGI Paris 9 mars 1970, *JCP* 1971 II 16840 note BURDEAU (G.).

² Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

³ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁴ En effet, selon l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi de 1970, « la collectivité doit supporter dans certains cas, même en l'absence de faute imputable à ses agents, les conséquences du risque créé par le fonctionnement de ses services afin d'éviter une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ». Voir BRYON (C.), « Des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d'acquiescement en raison de la détention provisoire subie », *RSC* 1971 p. 577 à 604.

⁵ LEAUTE (J.), « Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive », préc..

⁶ BRYON (C.), « Des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d'acquiescement en raison de la détention provisoire subie », préc..

⁷ WIEDERKEHR (G.), « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *Justices* 1997 p. 13 à 24.

⁸ Loi n°2000-1354 du 30 décembre 2000 relative à l'indemnisation des condamnés reconnus innocents.

réparation est automatique dès lors que l’individu a subi du fait de son placement en détention un préjudice. Le législateur a, ainsi, institué une véritable responsabilité sans faute de l’Etat. Aucune faute ne saurait être exigée. Une part d’incertitude existe nécessairement au moment de la prise de décision. Exiger de la part du requérant la preuve d’une faute au moment de ce placement réduirait à néant ce droit à réparation. De plus, le placement en détention provisoire d’une personne ensuite innocentée ne saurait être assimilé ni à une faute ni à une erreur judiciaire dès lors que le juge des libertés et de la détention a fait une exacte application des textes et que les conditions légales étaient présentes matériellement au moment de la décision. La reconnaissance d’un droit à indemnisation automatique est « la prise en compte d’un risque inhérent à l’application de la loi »¹, de « l’aléa [...] consubstantiel au procès »².

Cette indemnité est à la charge de l’Etat. Cependant, malgré certaines réticences³, l’Etat peut exercer une action récursoire à l’encontre du dénonciateur de mauvaise foi ou du faux témoin dont la faute aurait provoqué la détention ou sa prolongation. De plus, selon la loi du 15 juin 2000, aucune indemnité n’est due lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d’acquiescement a pour seul fondement la reconnaissance de l’irresponsabilité au sens de l’article 122-1 du Code pénal, une amnistie postérieure à la détention provisoire ou lorsque la personne a fait l’objet de cette mesure pour s’être librement et volontairement accusée ou laissée accuser à tort en vue de faire échapper l’auteur des faits aux poursuites. Ce texte étant d’interprétation stricte, la Commission doit désormais exclure de son appréciation la durée excessive de la détention ou de la procédure, la nécessité de la détention ou encore le rejet des recours effectués et le comportement du requérant⁴. Ces dispositions, qui ne font que consacrer une pratique de la Commission d’indemnisation⁵, sanctionnent ainsi la faute de la personne qui aurait provoqué sa détention provisoire en faisant obstacle à la manifestation de la vérité. L’idée du risque, fondement de ce droit à réparation, se retrouve ici.

666. Les potentialités de la responsabilité générale. Les articles 149 et suivants du Code de procédure pénale ne sont en réalité qu’un cas particulier de la responsabilité de l’Etat en cas de fonctionnement défectueux du service public de la justice. Le principe de cette responsabilité a

¹ BUSSY (F.), « L’erreur judiciaire », *D.* 2005 p. 2552 à 2564.

² FRISON-ROCHE (M.A.), « La responsabilité des magistrats : l’évolution d’une idée », *JCP* 1999 I 174 ; MAGENDIE (J.C.), « La responsabilité des magistrats », *D.* 2003 p. 1117 à 1184.

³ PRADEL (J.), « La réforme de la détention préventive », *Gaz. Pal.* 1972 1^{er} sem. Doct. p. 1 à 19.

⁴ KARSENTY (D.), « La réparation des détentions », *JCP* 2003 I 108.

⁵ COMMARET (N.), « La commission nationale d’indemnisation en matière de détention provisoire », *RSC* 1999 Chr. p. 843 à 850.

été reconnu par la loi du 5 juillet 1972¹ puis reprise par l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire, devenu l'article L. 141-1 depuis l'ordonnance du 8 juin 2006. Selon cet article, l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice en cas de faute lourde ou de déni de justice.

L'article 149 du Code de procédure pénale constituant une règle spéciale par rapport à l'article du Code de l'organisation judiciaire, il serait possible de considérer que le requérant placé en détention provisoire, et répondant aux conditions de l'article 149, ne pourrait se prévaloir de cette seconde disposition. Cependant, cela ne semble pas être l'avis des tribunaux civils compétents en la matière. En effet, dès 1973, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu recevable une action fondée sur l'article L.781-1 du COJ exercée par une personne placée en détention provisoire ayant bénéficié d'un acquittement. Cependant, sa demande a été rejetée car elle n'avait pas apporté la preuve d'une faute lourde². Cette jurisprudence a depuis été maintenue³, la recevabilité de l'action d'une personne ayant déjà été indemnisée sur le fondement des articles 149 et suivants du Code de procédure pénale ayant même été admise⁴. D'ailleurs, la loi du 30 décembre 2000⁵ a complété l'article 149 en précisant que cette indemnisation est possible « sans préjudice de l'application des dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L.781-1 du COJ ». Cet article pourrait également être invoqué par les personnes ne remplissant pas les conditions des articles 149 et suivants du Code de procédure pénale. En effet, la responsabilité de l'Etat sur ce fondement est strictement encadrée. Pour pouvoir être indemnisée, la personne doit avoir été placée en détention provisoire par le juge d'instruction ou une autre juridiction. Ces dispositions ont été étendues à l'assignation à résidence sous surveillance électronique. En dehors de ces deux hypothèses, aucune autre mesure de contrainte, même privative de liberté, tels que la garde à vue ou le contrôle judiciaire, ne peut permettre une telle indemnisation. Pendant les débats parlementaires de 1970, un député avait proposé l'indemnisation en cas de contrôle judiciaire. Cette proposition a été rejetée, par le garde des Sceaux d'alors, au motif que dans ce cas les dommages n'étaient que mineurs⁶. L'article 5§5 ne prévoit en aucune façon une telle limite au droit à l'indemnisation et vise l'ensemble des mesures privatives de liberté. De plus, le législateur

¹ Loi n°72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

² Civ. 2^e 29 novembre 1973, *D.* 1974 somm. p. 16.

³ TGI Paris 27 mai 1992, Arrêt Villemin, *Gaz. Pal.* 1993 2^e sem. JP p. 331 ; Paris 6 septembre 1996, *Gaz. Pal.* 1997 1^{er} sem. Chr. de droit criminel p. 12 ; Civ. 1^{ere} 29 juin 1994, *Dr. Pén.* 1995 Comm. n°105 note MARON (A.).

⁴ Paris 6 septembre 1996, arrêt Savoldelli, *Gaz. Pal.* 1996 2^e sem. JP p. 495.

⁵ Loi n°2000-1354 du 30 décembre 2000 relative à l'indemnisation des condamnés reconnus innocents.

⁶ TOUFFAIT (A.), « Des principes applicables à l'allocation de l'indemnité réclamée à raison d'une détention provisoire », *D.* 1971 Chr. p. 189 à 196.

français n’a prévu l’indemnisation que si la détention provisoire a été suivie d’un non-lieu¹, d’une relaxe ou d’un acquittement. La Commission nationale de réparation des détentions a étendu quelque peu le champ d’application de cette disposition en admettant, par exemple, la recevabilité de la requête présentée par une personne placée en détention provisoire et remise en liberté après l’annulation du réquisitoire introductif et de la procédure subséquente². Certes, la personne n’a plus à prouver, ni une faute de l’Etat ni son innocence contrairement à ce qu’exigeait la jurisprudence avant la loi du 17 juillet 1970³, l’innocence judiciaire suffisant désormais. Cependant, selon la Cour européenne des droits de l’homme, même si la personne est reconnue coupable d’une infraction, elle ne peut être privée de son droit à indemnisation⁴. La Cour européenne des droits de l’homme a, d’ailleurs, estimé dans l’affaire Tomasi⁵ que le recours prévu par les articles 149 et suivants du Code de procédure pénale, n’est pas un recours utile, c’est-à-dire relatif à la violation alléguée, accessible et adéquat. En outre, s’inspirant du droit administratif qui, en cas de responsabilité sans faute, conditionne l’indemnisation à la preuve d’un préjudice anormal et d’une particulière gravité⁶, le législateur de 1970 a, malgré la réticence de la Commission des lois de l’Assemblée nationale, exigé la preuve d’un tel préjudice. Toute détention provisoire provoque un préjudice. La responsabilité de l’Etat ne pouvant être engagée systématiquement, sauf à bloquer la recherche de la vérité et la protection de l’ordre public, seul un préjudice jugé anormal pouvait permettre de l’engager. Lors de la première affaire soumise à la Commission nationale d’indemnisation, le procureur général près la Cour de cassation, Monsieur Touffait, a estimé que la recherche des causes du préjudice devait passer par « l’examen approfondi du déroulement de la procédure ». La Commission devait apprécier « par exemple si les conditions des articles 144 et suivants du Code de procédure pénale [...] ont bien été observées [...] ainsi que les voies de recours aménagées par la loi, [...] les conditions mêmes du développement de la procédure, ce qui pourra poser la question de retards exceptionnels dus à l’encombrement anormal des cabinets d’instruction et à la longueur de l’exécution des commission rogatoires ». Elle doit également apprécier « s’il existe des causes d’exonération ou

¹ Un non-lieu partiel ne saurait justifier une indemnisation de la détention provisoire. Voir Versailles 16 janvier 2004, *AJ pén.* 2004 p. 205 obs. COSTE (J.). Sauf lorsque la personne est finalement condamnée pour une infraction n’autorisant pas la détention provisoire, Commission nationale d’indemnisation de la détention provisoire Décision 99 IDP 148 et 153 du 2 novembre 2000, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, Cinquième Partie, Activité de la Commission nationale d’indemnisation en matière de détention provisoire.

² Sur ce point voir LAVRIC (S.), « Commission nationale de réparation des détentions : rapport 2008 », *D.* 2009 p. 1679 à 1680.

³ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens.

⁴ CEDH 27 août 1992, Tomasi contre France, Requête n°12850/87.

⁵ *Ibid.*

⁶ CE 30 novembre 1923, Couitéas, *Rec.* p. 789, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 17^e édition, 2009, n°40.

d'atténuation de la responsabilité de la puissance publique telles que le comportement du requérant au cours de l'instruction ou des débats [...] et rechercher les antécédents du détenu, sa situation familiale et professionnelle, la durée de la détention, et le retentissement donné à l'arrestation »¹. En 1996, un amendement tendait à une mise en cause systématique de la responsabilité de l'Etat au motif qu'une détention provisoire qui se révèle inutile du fait de l'acquittement, de la relaxe ou du non-lieu ultérieur cause nécessairement un préjudice. Cette proposition a été rejetée². Toutefois, la condition du préjudice anormal a été supprimée. Depuis la loi du 30 décembre 1996³, la réparation est subordonnée à la seule preuve d'un préjudice matériel ou moral.

Le préjudice matériel est défini comme étant la perte de revenus consécutive à la détention mais aussi aux honoraires de l'avocat liés au contentieux de la détention⁴. Quant au préjudice moral, en 2008, la Commission nationale a précisé dans son rapport que pourraient être pris en compte les facteurs atténuants ou aggravants de la souffrance morale liée à la détention, déterminés par le groupe de travail sur la souffrance psychique liée à la détention dirigée par le docteur Evry Archer à l'initiative de Monsieur Canivet⁵. Ces facteurs sont relatifs aux conditions matérielles de détention⁶, mais aussi aux conditions « humaines de détention »⁷, aux liens avec l'entourage⁸, aux activités⁹, à la situation et l'évolution de l'affaire en justice¹⁰, à la capacité ou au contraire à la

¹ TOUFFAIT (A.), « Des principes applicables à l'allocation de l'indemnité réclamée à raison d'une détention provisoire », préc..

² HOUILLON (P.), Rapport n°2916 du 25 juin 1996, Assemblée nationale, p. 58.

³ Loi n°96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme.

⁴ Commission nationale de réparation des détentions 10 décembre 2007, *JCP* 2007 Act. 639.

⁵ LAVRIC (S.), « Commission nationale de réparation des détentions : rapport 2008 », préc.; Sous la direction ARCHER (E.), *Recherche sur « l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention »*, Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2008.

⁶ A savoir « douche dans les cellules, toilettes séparées, insalubrité, enfermement durable dans la journée, inactivité, bruit, manque d'hygiène ». ARCHER (E.), *Recherche sur « l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention »*, *op. cit.*

⁷ Telles que « le rôle social dans la prison, un certain degré de liberté, le fait d'aider les autres, l'écoute par les soignants, la bonne ou mauvaise entente avec le codétenu de cellule, les promenades, les rapports avec les surveillants, le manque de soutien social, la perception négative du fonctionnement pénitentiaire, le fait de ne pas vouloir être en contact avec les autres détenus, la relation abusive dominant / dominé-surveillant / détenu, le sentiment d'indignité et d'humiliation, la confrontation quotidienne au monde de la délinquance, le racket, le regard péjoratif des détenus par rapport au motif de l'incarcération ». Voir ARCHER (E.), *Recherche sur « l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention »*, *op. cit.*

⁸ « La réception de courrier et de photos ou au contraire l'absence de nouvelles de l'extérieur, le support social (familial ou amical), le blocage ou non des parloirs par le juge, l'impossibilité de voir ses enfants, la situation économique et sociale de l'entourage, la couverture médiatique, l'idée de voir sa famille au parloir dans les murs d'une prison, la difficulté à expliquer la situation aux enfants ».

⁹ « L'école, l'accessibilité de l'atelier lecture, le sport, les activités, les promenades ».

¹⁰ « Le constat par le sujet que la Justice commence à croire à sa version, la connaissance ou au contraire l'attente de la date de sortie définitive, la pression de la justice sur la famille, l'absence de nouvelles de l'avocat ou de la Justice, l'impression d'être oublié de la société, la lenteur de la Justice, le refus de permission, le manque d'information de la Justice et de l'administration pénitentiaire, l'appel, l'impossibilité d'être transféré en maison d'arrêt, le refus de permission ».

difficulté de mobiliser des ressources personnelles¹, et enfin à la peur de la perte d’intégrité physique et psychique². L’indemnisation de la détention provisoire peut ainsi être ordonnée comme sanction du préjudice résultant du non-respect des principes découlant des droits de l’être humain tels que la dignité, l’assistance d’un avocat ou la célérité de la procédure.

Cependant, la conformité de ces dispositions à l’article 5§5 paraît douteuse. En effet, selon la Commission européenne des droits de l’homme, « le droit à réparation de l’article 5§5 n’est pas subordonné à l’existence d’un dommage »³. Cet article subordonne l’indemnisation seulement au non respect des dispositions de l’article 5. Le droit français est donc plus restrictif.

667. En outre, s’il semble compléter les dispositions de l’article 149 du Code de procédure pénale, l’article L141-1 du COJ pose aussi des conditions strictes. Lorsqu’il exerce une action sur ce fondement, l’individu doit prouver une faute lourde ou un déni de justice. Le législateur n’a pas pris soin de définir ces deux notions. Initialement, selon la jurisprudence, la faute lourde était celle qui était commise sous l’influence d’une erreur tellement grossière qu’un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n’y eut pas été entraîné⁴, qui résultait d’un comportement anormalement déficient du juge⁵, ou encore un détournement manifeste ou délibéré de la procédure traduisant une intention de nuire⁶. Dès lors, une personne placée en détention provisoire n’offrant pas de garanties de représentation et dont la mise en liberté aurait entraîné un risque de pression sur les témoins ne pouvait obtenir de l’Etat des dommages et intérêts sur le fondement de cet article en l’absence de faute lourde⁷. Peu à peu la jurisprudence a élargi cette définition. Aujourd’hui, la faute lourde correspond à « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l’inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »⁸. Si la motivation de l’Assemblée plénière dans son arrêt du 23 février 2001 relatif à l’affaire Villemin est relativement succincte, les conclusions du premier avocat général, reprenant

¹ « L’écriture, l’évitement grâce aux pensées, la religion, le fait de ne pas pouvoir assurer son rôle social (être parent, être salarié), la culpabilité par rapport à la famille, le changement de rythme par rapport à la vie à l’extérieur, l’anticipation anxieuse de porter l’étiquette de « détenu » pour se réinsérer dans la société, le sentiment d’utilité ».

² « Le suivi effectif ou au contraire l’attente d’un suivi médico-psycho-social, la crainte pour la santé et la maladie, la souffrance voire la mort d’un codétenu, l’angoisse de l’inconnu chez le primo incarcéré, l’anticipation négative chez le ré-écroué, l’impossibilité de se projeter dans l’avenir, la douleur physique ».

³ CEDH 12 juillet 1984, *Eggs contre Suisse*, Requête n°10313/83.

⁴ Civ. 1^{er} 10 mai 1995, *Bull.* n°202 ; Civ. 1^{er} 20 février 1996, *JCP* 1996 I 3938 obs. CADIET (O.).

⁵ Paris 6 septembre 1996, A. Savoldelli, *Gaz. Pal.* 1996 2^e sem. JP p. 495.

⁶ Paris 11 octobre 1996, *Jurisdata* n°1996-024578.

⁷ Civ. 2^e 29 novembre 1973, *D.* 1874 *Somm.* p. 16.

⁸ Ass. Plén. 23 février 2001, *Bull.* n°5, *D.* 2001 p. 1752 note DEBBASCH (C.), *JCP* 2001 II 10583 note MENEURET (J.J.), *Gaz. Pal.* 27 et 28 juillet 2001 p. 28 à 49 concl. DE GOUTTES (R.) et note COLLOMP (E.); Civ. 1^{er} 6 mai 2003, *JCP Adm.* 2003 II 150 note RENARD-PAYEN (O.) ; TGI Nancy 12 janvier 2004, *AJ pén.* 2004 p. 112 note ENDERLIN-MORIEULT (S.).

les conclusions du mémoire ampliatif des requérants énumèrent toute une liste de déficiences. Il s'agit de recherches incomplètes, des conditions dans lesquelles ont été recueillies pendant la garde à vue les déclarations d'un témoin lors de l'enquête, de la « médiatisation outrancière de cette procédure », des erreurs commises par le juge d'instruction ayant entraîné de nombreuses nullités qui ont ralenti le cours de l'affaire, ou des écoutes téléphoniques des conversations des personnes suspectées et de leurs avocats et leur transcription en violation de leurs droits de la défense¹. La jurisprudence a également retenu l'inactivité d'un juge d'instruction pendant plus de quatre ans dans une affaire², ou l'interception irrégulière des communications téléphoniques d'un avocat par un magistrat instructeur³. Dès lors, certains auteurs estiment qu'une violation des textes internationaux liant la France en matière de droits et libertés individuels pourrait permettre d'engager la responsabilité de l'Etat en droit interne⁴. De manière plus générale, la nouvelle définition de la faute lourde pourrait permettre de sanctionner la violation de tout droit et principe constituant l'encadrement de la contrainte. En effet, la violation de ces droits et libertés fondamentaux par les autorités gardiennes de la liberté individuelle constitue bien une « déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ». La reconnaissance d'une telle solution permettrait de renforcer l'effectivité de l'encadrement des mesures de contrainte.

D'ailleurs, certaines juridictions semblent s'engager dans cette voie. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a, en 2001, reconnu une faute lourde en raison d'une interception irrégulière des communications téléphoniques par un juge d'instruction⁵. Si, pour l'instant, la solution traditionnelle selon laquelle l'article L.141-1 du COJ ne s'appliquerait pas à l'activité juridictionnelle⁶ s'oppose à une telle généralisation, certaines juridictions internes n'ont pas hésité à écarter cette exception considérant que le texte même de cet article n'exclut en aucune manière de son champ d'application les actes juridictionnels⁷. Une telle solution est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne⁸. Ainsi, « à travers le maniement de

¹ Ass. Plén. 23 février 2001, *Bull.* n°5, *D.* 2001 p. 1752 note DEBBASCH (C.), *JCP* 2001 II 10583 note MENEURET (J.J.), *Gaz. Pal.* 27 et 28 juillet 2001 p. 28 concl. DE GOUTTES (R.) et note COLLOMP (E.).

² Civ. 1^{er} 13 mars 2007, *D.* 2007 p. 1929 note PRADEL (J.).

³ TGI Paris 11 juillet 2001, *Gaz. Pal.* 9 au 11 septembre 2001 p. 34 note PETIT (S.).

⁴ En ce sens voir ADIDA-CANAC (H.), « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », *D.* 2009 p. 1288 à 1297.

⁵ TGI Paris 11 juillet 2001, *JCP* 2001 I 362 n°5 obs. CADIET (L.).

⁶ Crim. 9 décembre 1981, *D.* 1983 p. 352 note JEANDIDIER (W.) ; CE 29 décembre 1978, Darmont, *D.* 1979 p. 278 note VASSEUR (M.).

⁷ GUINCHARD (S.), « La responsabilité des magistrats », *Gaz. Pal.* 2006 Doct. p. 834 à 839.

⁸ CJCE 30 septembre 2003, Köbler contre Autriche, Aff. n°C-224/01.

la responsabilité, c’est une régulation de l’institution qui se met en place, par une sorte de leçon donnée à l’Etat par les juges eux-mêmes »¹.

668. Certains auteurs préconisent l’abandon de la faute lourde soit au profit de la faute simple², soit au profit d’une responsabilité sans faute de l’Etat fondée sur un préjudice anormal du fait du service public de la justice³. Au regard de la définition de la faute lourde adoptée par l’Assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 février 2001, il semble que la jurisprudence s’oriente déjà vers une responsabilité fondée sur une faute simple du service public de la justice. Certes, cela permet de renforcer l’effectivité des droits et libertés individuels par la reconnaissance élargie de la responsabilité de l’Etat. Toutefois, cette définition ne respecte pas les termes choisis par le législateur. Aussi, est-il possible de considérer que cette jurisprudence amènera le législateur à intervenir et à modifier cette disposition⁴. Cette intervention est d’autant plus nécessaire que malgré le cumul des articles L.141-1 du COJ et 149 et suivants du Code de procédure pénale, le droit français n’est pas totalement conforme à la Convention européenne des droits de l’homme. La Convention n’exige ni la preuve d’une faute d’une certaine gravité ni la preuve d’un préjudice, mais simplement l’établissement du non respect de l’encadrement des mesures privatives de liberté posé par l’article 5. Tout constat de la violation des principes et droits encadrant la contrainte probatoire devrait ouvrir un droit automatique à indemnisation sans que la preuve d’un préjudice spécifique ne soit exigée.

669. Toutefois, si la responsabilité de l’Etat est le principe, la responsabilité personnelle se renforce peu à peu.

2°/ Le développement progressif des responsabilités personnelles

¹ FRISON-ROCHE (M.A.), « La responsabilité des magistrats : l’évolution d’une idée », préc..

² *Ibid.* ; MARTIN (R.), « La justice en faute lourde ou simple », *Procédures* 2001 Chr. n°8. Cette solution a d’ailleurs été reprise par un projet de loi organique sur le statut de la magistrature le 1^{er} décembre 1999 reporté à une date indéterminée en février 2000.

³ GUINCHARD (S.), « La responsabilité des magistrats », préc. ; HOCQUET-BERG (S.), « Fonctionnement défectueux : 1° dommages réparables ; 2° qualification », *Responsabilité civile et assurances* 2008 Comm. n°199.

⁴ LOMBARD (M.), « La responsabilité du fait du service public de la justice Trente après la loi du 5 juillet 1972 », in *Liber amicorum Jean Waline Gouverner administrer juger*, Dalloz, 2002, p. 657 à 669.

670. Différentes responsabilités personnelles peuvent être mises en œuvre. Responsabilités pénale, civile (a) et disciplinaire (b) se complètent. La responsabilité pénale déjà évoquée ne sera pas étudiée ici.

a) La responsabilité civile

671. « La responsabilité du juge, corollaire de la perception d'un pouvoir omniprésent dans la Société, est devenue une idée incontournable, jusqu'à des limites inexplorées »¹. Certes, la Constitution de 1958 ne parle pas de « pouvoir judiciaire » mais « d'autorité judiciaire ». Cependant, la justice a, peu à peu, gagné en autonomie. Elle n'est plus aujourd'hui seulement « la bouche de la loi ». Par le contrôle de conventionnalité notamment, la justice « contrôle » désormais la loi. De plus, les procès politico-financiers des années quatre-vingt dix donnent le sentiment d'une justice devenue plus autonome à l'égard du pouvoir exécutif. La justice apparaît, dès lors, non plus comme une simple « autorité » mais comme un pouvoir. Tout pouvoir entraîne une responsabilité². Le droit français ne va, toutefois, pas aussi loin que certains droits d'Etats voisins³. En France, un régime de responsabilité civile propre aux magistrats et aux membres de la police judiciaire a été mis en place.

672. La responsabilité des magistrats. En cas de faute particulièrement grave non qualifiée de crime ou délit et commise dans l'exercice des fonctions, l'ancien Code de procédure civile permettait de condamner les magistrats et officiers de police judiciaire à des dommages et intérêts par le biais de la prise à partie. La prise à partie supposait un dol, une fraude, une concussion, une faute lourde professionnelle ou une irrégularité commise dans les formes prévues pour les mandats délivrés par le juge d'instruction. Cette procédure relevait de la compétence, soit de la Cour d'appel, soit de la Cour de cassation, selon la personne impliquée. Sa mise en œuvre supposait la permission préalable du premier président de la juridiction compétente. L'Etat était civilement responsable des condamnations prononcées sur ce fondement. Il disposait, certes,

¹ ADIDA-CANAC (H), « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », préc.

² MAGENDIE (J.C.), « La responsabilité des magistrats », préc. ; ALBERT (N.), « De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », in sous la direction de DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 209 à 244.

³ Le droit belge admet la responsabilité des magistrats fondée sur l'article 1382 du Code Civil Napoléonien. Sur ce point voir SABOURAULT (D.), « La responsabilité du service public de la justice en Belgique », in sous la direction de DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, *op. cit.*, p. 53 à 65.

d’une action récursoire contre les magistrats et officiers de police judiciaire condamnés, mais cette dernière était peu utilisée. Cette procédure complexe aboutissait à une quasi-irresponsabilité des magistrats et officiers de police judiciaire.

Reprenant le mécanisme mis en place par la loi des 16 et 24 août 1790 pour les fonctionnaires et agents du service public, la loi du 5 juillet 1972¹ a posé le principe d’une responsabilité civile de l’Etat en cas de faute des magistrats, à l’exception des fautes détachables du service. Le justiciable français ne peut agir directement contre les magistrats. La prise à partie a, dans un premier temps, été maintenue à titre provisoire, puis supprimée par la loi du 18 janvier 1979². Il est vrai que l’Etat dispose d’une action récursoire, exercée devant l’une des chambres de la Cour de cassation, à l’encontre des magistrats dont la faute personnelle a permis d’engager sa responsabilité. Cependant, elle est toujours rarement utilisée³.

La loi du 20 décembre 2007⁴, tendant à la simplification du droit, a réintroduit la prise à partie à l’article L.141-3 du Code de l’organisation judiciaire. Cet article dispose que « les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S’il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l’instruction, soit lors des jugements ; 2° S’il y a déni de justice. Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d’être jugées. L’Etat est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers ». Ainsi, si les conditions de la prise à partie sont quasi-identiques à l’ancienne procédure de ce nom, ce n’est plus un cas de responsabilité personnelle des magistrats⁵. En réintroduisant cette procédure, le législateur en modifie la nature. L’idée selon laquelle la responsabilité de l’Etat est désormais le principe se retrouve.

673. Avec l’évolution de la justice et son « autonomisation » à l’égard des pouvoirs législatif et exécutif, la question de la responsabilité personnelle des magistrats connaît un regain d’intérêt. Certains auteurs préconisent la disparition de toute action récursoire contre les magistrats, estimant que derrière la faute d’un magistrat il y a nécessairement une faute de l’Etat et qu’une telle action conduirait à une certaine « inhibition dans l’action » et à la diminution des dommages

¹ Loi n°72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l’exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

² Loi n°79-43 du 18 janvier 1979 organique modifiant l’ordonnance n°581270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

³ Sur ce point voir notamment ADIDA-CANAC (H), « L’erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », préc..

⁴ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

⁵ Il faut noter également que la prise à partie ne concerne aujourd’hui que les « juges ». Auparavant, elle concernait également les officiers de police judiciaire.

et intérêts accordés aux victimes¹. D'autres, au contraire, souhaitent la mise en œuvre effective de cette action sous certaines conditions². En réalité, toute la difficulté de la mise en œuvre de cette action récursoire est liée à la distinction délicate entre faute lourde et faute personnelle. Seule cette dernière permet l'exercice de l'action récursoire³. Au regard de la définition actuelle de la faute lourde retenue par la jurisprudence, il paraît délicat de retenir systématiquement la responsabilité civile des magistrats, que ce soit directement⁴ ou par le biais de l'action récursoire, en raison du risque de remise en cause de l'autorité de la justice et de l'indépendance des magistrats et, par ricochet, d'une certaine paralysie du système. Désormais, la faute lourde ne s'attache plus seulement à une faute d'un magistrat mais également à une défaillance du service public de la justice en son entier. De telles défaillances peuvent souvent s'expliquer par une mauvaise organisation du service par l'Etat, que ce soit au niveau du recrutement, de la formation ou des moyens fournis⁵. Il ne peut donc y avoir de faute personnelle. Cependant, lorsque la faute relevée implique, comme l'exigeait auparavant la jurisprudence, de la part du juge une véritable intention de nuire, l'exercice de l'action récursoire paraît envisageable. Le juge a alors volontairement été au-delà des pouvoirs qui lui sont conférés sans que cela soit justifié par une défaillance de l'Etat. En revanche, lorsque l'erreur commise constitue, par exemple, « une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eut pas été entraîné ou qui résulte d'un comportement anormalement déficient du juge », il est possible de considérer qu'il s'agit plus d'un problème disciplinaire, le magistrat n'ayant pas été respectueux « des devoirs de son état ».

674. La responsabilité des membres de la police judiciaire. Alors que pendant longtemps les officiers de police judiciaire furent assimilés aux magistrats, depuis la loi du 18 janvier 1979 et la disparition de la prise à partie, ils sont soumis au même régime que les autres membres de la police judiciaire. La réintroduction de la prise à partie dans le Code d'organisation judiciaire par la

¹ GUINCHARD (S.), « La responsabilité des magistrats », préc..

² PRADEL (J.), « La responsabilité personnelle du juge pénal. Faut-il vraiment changer l'état du droit ? », *D.* 2005 p. 1953.

³ ALBERT (N.), « De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », *in* sous la direction de DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l'Etat, op. cit.*, p. 209 à 244.

⁴ FRISON-ROCHE (M.A.), « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », préc. ; FRISON-ROCHE (M.A.), « L'erreur du juge », *RTDCiv.* 2001 p. 819 à 832 ; MAGENDIE (J.C.), « La responsabilité des magistrats », préc..

⁵ MAGENDIE (J.C.), « La responsabilité des magistrats », préc..

loi du 20 décembre 2007 ne modifie rien sur ce point puisque désormais la prise à partie ne concerne que les « juges ».

La jurisprudence judiciaire, appliquant les principes établis par la loi des 16 et 24 août 1790, considère que la responsabilité de l’Etat est engagée en cas de dommage causé à l’individu visé par une opération de police judiciaire sauf cas de faute lourde détachable du service¹. Le principe est, par conséquent, l’irresponsabilité civile des membres de la police judiciaire en l’absence de faute lourde détachable du service. L’exigence d’une faute lourde comme condition de la responsabilité civile des membres de la police judiciaire s’explique par « les difficultés d’exécution des tâches de la police judiciaire et le désir de ne pas enrayer pour des actes sans gravité, l’œuvre de la justice criminelle »². La responsabilité civile personnelle ne saurait être engagée que pour les fautes les plus graves impliquant une certaine intention de nuire.

675. Malgré la volonté de renforcer la responsabilité personnelle, le principe de la responsabilité de l’Etat prédomine. Seule la responsabilité disciplinaire limite ce constat.

b) La responsabilité disciplinaire

676. Si déontologie et discipline sont des notions voisines, elles ne doivent toutefois pas être confondues. La déontologie, notion créée par Bentham à la fin du XVIIIe siècle, vise les « bonnes pratiques », la création d’une « culture judiciaire » permettant la légitimation des décisions et des actes auprès de l’opinion publique. Elle sert de guide. La discipline, quant à elle, suppose un contrôle de ces décisions et actes, soit par un supérieur hiérarchique, soit par un organe interne à la profession. Toutefois, les devoirs déontologiques permettent une responsabilité disciplinaire. En la matière, les magistrats et policiers sont soumis à des régimes dérogatoires par rapport à la procédure de droit commun de la fonction publique.

677. La responsabilité disciplinaire des magistrats. Alors que les services de police disposent d’un Code de déontologie depuis 1986, les magistrats français n’ont pas de telles règles et se montrent assez réticents face à l’élaboration d’un tel texte craignant que celui-ci ne soit un

¹ TC 14 janvier 1935, A. Thépaz, in PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°14.

² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel Tome II Procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001, n°916 et 917. Voir dans le même sens DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.), *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998, n°1550.

moyen de réduire leur indépendance¹. Cependant, après plusieurs avis du Conseil supérieur de la magistrature et rapports remis au Garde des sceaux depuis 2003², l'article 18 de la loi organique du 5 mars 2007³ a confié au Conseil supérieur de la magistrature le soin « d'élaborer et de rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats ». Le Conseil a, dès début 2008, commencé à élaborer un « recueil des règles déontologiques » en y associant les magistrats. Ce recueil, qui compile les « bonnes pratiques professionnelles à partir des expériences » communiquées par les magistrats⁴, a été rendu public le 10 juin 2010. Le Conseil supérieur de la Magistrature y identifie sept valeurs essentielles fondant l'action de la justice. Il s'agit de l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, la légalité, l'attention à autrui, la discrétion et la réserve. Certaines de ces valeurs font écho aux droits et principes encadrant les mesures de contrainte. L'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature dispose en son article 43 alinéa 1 que « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire ». Certes, le Recueil de 2010 n'a pas de valeur normative et ne peut servir de fondement aux poursuites disciplinaires. Toutefois, les obligations déontologiques des magistrats correspondent aux devoirs liés à leur état.

678. En réalité, lorsque l'exercice d'une voie de recours a permis de caractériser une faute de la part d'un magistrat, un système gradué de responsabilité individuelle peut être constaté. Dès lors qu'il s'agit d'une faute se rattachant au service public de la justice, c'est-à-dire lorsqu'elle a été commise dans l'exercice des fonctions ou est en lien avec elles, la responsabilité de l'Etat doit être engagée. Cette responsabilité doit se cumuler avec une simple responsabilité disciplinaire de l'agent et / ou une responsabilité civile selon la gravité de la faute.

S'inspirant de la gradation de la faute pénale, il serait possible de considérer que si la faute est une faute non-intentionnelle du magistrat, seule sa responsabilité disciplinaire pourrait être engagée, celui-ci n'ayant pas accompli les « diligences normales » au regard des « devoirs de son état ». Il faut d'ailleurs noter que la définition de la faute disciplinaire retenue lors des travaux parlementaires de la loi du 5 mars 2007 et par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 1^{er} mars 2007, à savoir la « violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une

¹ Voir notamment CHARVET (D.), « Les magistrats français et la déontologie : une problématique à clarifier », *D.* 2008 p. 1634 à 1637.

² KRIEGK (J.F.), « La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique », *D.* 2005 p. 1592 à 1596.

³ Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

⁴ VUILLEMIN (J.C.) et WEBER (J.F.), « Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats », *D.* 2010 p. 1544.

garantie essentielle des droits des parties »¹, rappelle la faute délibérée instituée par le Code pénal de 1992. Si le magistrat a commis une faute intentionnelle, l’exercice d’une action récursoire engageant sa responsabilité civile paraît nécessaire. Une telle gradation pourrait être rapprochée du système allemand. En effet, selon l’article 34 de la Loi fondamentale allemande « lorsqu’une personne, dans l’exercice d’une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l’Etat ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve. L’action récursoire demeure possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière ». La responsabilité de l’Etat allemand suppose une faute de l’agent dans l’exercice de sa fonction constituant une violation d’un devoir envers le service ou le non-respect d’un droit d’une personne. Cette responsabilité est, cependant, rarement mise en œuvre, le législateur allemand l’ayant limitée aux fautes commises par les magistrats du parquet et les autres collaborateurs fonctionnaires du service public de la justice. Les fautes des magistrats du siège ne sont pas visées. De plus, il semble que l’action récursoire ne soit pas non plus utilisée en Allemagne en raison notamment de la responsabilité morale de l’Etat liée à la formation que celui-ci dispense à l’agent public et de ses garanties de solvabilité².

La question se pose, toutefois, de l’identification de l’agent responsable en cas de décision collégiale.

Par ailleurs, il convient de s’assurer de la mise en place d’une procédure disciplinaire conforme aux garanties de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, même si le Conseil supérieur de la magistrature semble soucieux de respecter ces dispositions. De plus, il serait également nécessaire que l’agent judiciaire du Trésor et la juridiction compétente puissent disposer de l’ensemble des éléments de la procédure, soit par la possibilité d’appeler en cause le magistrat concerné, soit par la communication du dossier. Enfin, un tel système nécessiterait la mise en place d’une communication systématique des décisions fondées sur l’article L.141-1 aux chefs de cours compétents afin de leur permettre de saisir directement le Conseil supérieur de la magistrature³.

¹ Cons. Const. Décision n°2007-551 DC du 1^{er} mars 2007 Loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

² BONTEMPS (C.), « La responsabilité de l’Etat du fait de la justice en Allemagne », *in* sous la direction du DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l’Etat*, *op. cit.*, p. 35 à 51.

³ Voir notamment MAGENDIE (J.C.), « La responsabilité des magistrats », *préc.*; ALBERT (N.), « De la responsabilité de l’Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l’encontre des magistrats », *in* sous la direction de DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l’Etat*, *op. cit.*, p. 209 à 244 ; BELFANTI (L.), « Du droit de tout justiciable de saisir le Conseil supérieur de la magistrature », *AJ pén.* 2011 p. 344 à 348.

679. La responsabilité disciplinaire de la police judiciaire. En vertu de l'article 6 du Code de déontologie de la police nationale, « tout manquement aux devoirs définis par le présent code expose son auteur à une sanction disciplinaire, sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale ». Ce Code impose aux fonctionnaires de la police nationale le respect de l'impartialité, de la nécessité et de la proportionnalité de la force, ainsi que le « respect absolu des personnes », l'interdiction de la violence et des traitements inhumains et dégradants. L'article 10 alinéa 3, quant à lui, prévoit que « le fonctionnaire de police ayant la garde d'une personne dont l'état nécessite des soins spéciaux doit faire appel au personnel médical et, le cas échéant, prendre des mesures pour protéger la vie et la santé de cette personne ». Le pouvoir disciplinaire des services de police appartient, en vertu de l'article 67 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984, à « l'autorité investie du pouvoir de nomination qui l'exerce après avis de la Commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline ». En vertu des articles 224 et suivants du Code de procédure pénale, la chambre de l'instruction peut également, « sans préjudice des sanctions disciplinaires », faire des observations voire suspendre de manière temporaire, ou définitive, les officiers ou les agents de police judiciaire.

Par ailleurs, en 2001, a été mise en place la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Cette dernière pouvait être saisie par un parlementaire ou le Défenseur des enfants concernant tout manquement à la déontologie de la police nationale ou de la gendarmerie. Cependant, si elle était saisie d'affaires individuelles, la Commission ne rendait que des avis et des recommandations publiés en partie dans son rapport d'activité remis chaque année au Président de la République et mis en ligne sur internet. La Commission nationale de déontologie de la sécurité n'avait donc pas un rôle de sanction des individus commettant des atteintes aux droits et principes encadrant les mesures de contrainte. Elle avait, tout du moins, une influence sur les instructions données par le gouvernement aux services de police. De plus, elle condamnait moralement les abus commis par ces services. Cette Commission a été supprimée, au même titre que le Défenseur des enfants, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008¹. La loi organique précisant le statut, les missions, les pouvoirs et les moyens du défenseur des droits n'a été adoptée définitivement que récemment. Il s'agit de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011² complétée par la loi ordinaire n°2011-34 du même

¹ Article 71-1 de la Constitution.

² Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, *JO* 30 mars 2011 p. 5497 ; Décret n°2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, *JO* 30 juillet 2011 p. 13023.

jour¹. Le Défenseur des droits peut porter à la connaissance des personnes investies du pouvoir disciplinaire « des faits laissant présumer l’existence d’une faute disciplinaire » qu’il constate au cours de sa mission. Ses conditions de nomination peuvent, toutefois, conduire à remettre en cause son indépendance².

680. Ce sentiment d’hésitation, de prudence du législateur résultant de l’étude de la reconnaissance progressive du droit à un procès équitable contre la contrainte probatoire, est sans doute le corollaire de la recherche délicate d’un équilibre entre effectivité des droits et principes encadrant la contrainte et efficacité de la recherche des preuves.

Section II- Une mise en œuvre conditionnée

681. Le législateur a subordonné l’exercice du droit au contrôle et du droit à réparation à de nombreuses conditions (§1). En outre, afin que le droit au contrôle et à la réparation soit effectif, la procédure doit, elle-même, respecter un certain nombre de conditions (§2).

§1- Les conditions d’exercice des droits au contrôle et à réparation

682. Le législateur a défini strictement les titulaires des droits au contrôle et à la réparation de la contrainte (A). En outre, l’exercice de ces droits est régulièrement subordonné à des conditions restrictives (B).

A- Des titulaires strictement définis

¹ VERPEAUX (M.), « Il est né le Défenseur des droits A propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP* 2011 Doct. 502 ; ZARKA (J.C.), « Le « Défenseur des droits », *D.* 2011 p. 1027 à 1033.

² Il est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable en vertu de l’article 71-1 de la Constitution. Voir LAZERGES (C.), « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010 p. 275 à 287.

683. Conformément à la fois à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et aux textes internationaux, ce droit à un contrôle de la contrainte et à l'indemnisation a été accordé à la fois à la Société (1°) et à l'individu contraint (2°).

1°/ La Société

684. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a reconnu à la Société le droit de demander à tout agent des comptes de ses décisions. Le ministère public, en tant que représentant de la Société, se voit dès lors reconnaître le droit d'exercer certains recours contre les mesures de contrainte. De plus, il a un rôle important quant à la sanction des individus ayant porté atteinte aux droits et libertés de l'individu contraint.

685. Le droit de recours du ministère public. En tant que représentant de la Société, le ministère public peut exercer tous les recours permettant de mettre fin aux mesures de contrainte ou de sanctionner la procédure. Ainsi, en vertu de l'article 147 du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut requérir la mise en liberté du mis en examen à tout moment, en particulier lorsqu'il estime que la détention provisoire n'est plus nécessaire ou proportionnelle. En outre, en vertu de l'article 185 du Code de procédure pénale, le procureur de la République et le procureur général peuvent interjeter appel de toutes les ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention même si elles sont conformes à leurs réquisitions¹. Ils peuvent ainsi interjeter appel des ordonnances relatives à la détention provisoire, au contrôle judiciaire ou à l'assignation à résidence. Toutefois, l'appel suppose une décision juridictionnelle². L'ensemble des mesures de contrainte, à l'exception de ces premières, ne sont que de simples mesures d'administration judiciaire, la décision juridictionnelle supposant l'intervention d'un magistrat du siège tranchant un litige selon une procédure déterminée. Aussi, les décisions relatives aux écoutes téléphoniques, bien qu'émanant d'un juge, sont insusceptibles de recours puisqu'elles sont, selon l'article 100 du Code de procédure pénale, non juridictionnelles. De même, les décisions de prolongation de la garde à vue en matière de criminalité et délinquance organisées ou de terrorisme doivent être écrites mais ne constituent pas des ordonnances susceptibles d'appel. Il est vrai qu'en la matière, au regard des différents délais, l'appel aurait peu d'utilité. Aussi, la mainlevée peut-elle résulter non d'une décision statuant sur l'appel mais d'une décision d'office

¹ Crim. 16 novembre 1956, *Bull.* n°173 ; Crim. 19 septembre 1990, *Bull.* n°319.

² Crim. 29 avril 1996, *Bull.* n°168 ; Crim. 31 janvier 1991, *Bull.* n°54.

du procureur de la République pour les gardes à vue de droit commun et du juge des libertés et de la détention pour les gardes à vue spéciales.

Par ailleurs, le procureur de la République peut soulever la nullité de tout acte ou pièce de la procédure en vertu de l’article 170 du Code de procédure pénale. Cette expression d’« actes ou pièces de la procédure » vise les actes non juridictionnels accomplis par une personne concourant à la procédure, se rattachant à celle-ci et susceptibles de faire grief. La nullité prend ainsi le relais de la réformation pour rendre effectif le respect des principes et droits encadrant la contrainte probatoire. En effet, toutes les mesures de contrainte insusceptibles d’appel par le procureur de la République, pourront faire l’objet d’une requête en nullité de celui-ci. En tant que représentant de la Société, le procureur de la République a la charge de s’assurer du respect de l’encadrement des mesures de contrainte.

Toutefois, en tant que représentant de la Société, le ministère public est aussi chargé d’assurer l’ordre public. Aussi, parallèlement à son appel, depuis la loi du 9 septembre 2002¹, en vertu des articles 148-1-1 et 187-3 du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut saisir le président de la chambre de l’instruction d’un référé-détention lorsque le juge des libertés et de la détention a, par exemple, décidé de la mise en liberté d’un détenu provisoire avant l’expiration du délai de l’article 145-2 du Code de procédure pénale². En matière de détention provisoire, l’appel n’a pas d’effet suspensif. Ce référé permet de faire reconnaître par le président de la Cour d’appel un tel effet à l’appel interjeté.

686. Le rôle du ministère public dans le cadre de la responsabilité personnelle. Si la création d’une responsabilité pénale particulière des magistrats et des membres de la police judiciaire paraît inconcevable, sauf à paralyser le système, une immunité totale ne peut pas non plus être envisagée³. Comme tout citoyen, les membres de la police judiciaire ou les magistrats commettant des infractions doivent voir leur responsabilité pénale engagée. Dès lors, le rôle traditionnel du procureur de la République se retrouve.

Les services de police sont contrôlés par des corps d’inspection. A l’origine, il existait deux corps distincts, l’Inspection Générale de la Police Nationale et l’Inspection Générale des Services. Ces deux inspections, datant de la seconde moitié du XIXe siècle, ont été rattachées en 1986 mais

¹ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 portant loi d’orientation et de programmation de la justice.

² Crim. 6 août 2003, *AJ pén.* 2003 p. 72 obs. J.C. ; Crim. 20 juin 2006, *AJ pén.* 2006 p. 458 obs. ALLAIN (E.) ; Crim. 7 avril 2009, *AJ pén.* 2009 p. 321 obs. CHARBONNIER (M.E.).

³ Voir notamment GUINCHARD (S.), « La responsabilité des magistrats », préc.. GIUDICELLI-DELAGE (G.), « La responsabilité des magistrats et de l’Etat en matière pénale », *Justices* 1997 p. 25 à 38.

fonctionnent toujours de manière indépendante. Elles contrôlent toutes deux les personnels des services de police. Les enquêtes de l'IGPN peuvent être déclenchées soit par l'administration elle-même, soit par une plainte d'un particulier. Ces enquêtes peuvent conduire soit à un classement sans suite, soit à la responsabilité disciplinaire de la personne mise en cause, soit à sa responsabilité pénale¹. Cependant, il semble que peu d'enquêtes soient mises en œuvre à la suite de la plainte d'un particulier. En tant que représentant de la Société, le procureur de la République est le seul pouvant exercer l'action publique, y compris à l'encontre des membres de la police judiciaire. Ce rôle du procureur de la République se retrouve également pour les magistrats.

687. En revanche, en matière disciplinaire, le ministère public ne joue un rôle que pour les services de police. En effet, le pouvoir disciplinaire des services de police appartient en vertu de l'article 67 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 à « l'autorité investie du pouvoir de nomination qui l'exerce après avis de la Commission administrative paritaire siégeant en conseil de discipline ». Au regard de l'article 16 du Code de procédure pénale, il apparaît ainsi que le pouvoir disciplinaire des officiers de police judiciaire appartient au procureur général.

688. Toutefois, aujourd'hui, le procès équitable contre la contrainte probatoire n'est plus seulement un droit de la Société. Il s'agit également d'un droit de l'individu contraint.

2°/ L'individu contraint

689. L'individu contraint est, aujourd'hui, le principal titulaire de ce droit. La Cour de cassation a longtemps interprété de manière très stricte la notion d'individu contraint. Toutefois, une évolution récente semble apparaître.

690. Le titulaire principal. En matière de contrainte probatoire, le mis en examen a les mêmes possibilités d'appel et de requête en nullité que le ministère public. Ainsi, en vertu de l'article 186 du Code de procédure pénale², le mis en examen ne peut interjeter appel que des ordonnances relatives au contrôle judiciaire, de placement ou de prolongation de la détention

¹ Pour plus de détails sur ces inspections voir MADIOT (Y.), « Le contrôle administratif de la police », in *Droits de l'individu et police, Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988*, Litec et les Editions Thémis, 1990, p. 139 à 160.

² Cet article a été jugé conforme à la Constitution. Cons. const. décision n°2011-153 QPC du 13 juillet 2011.

provisoire et de refus de mise en liberté. De plus, en vertu de l’article 173 du Code de procédure pénale, le mis en examen dispose d’un droit d’agir en nullité contre les « actes de procédure qui [ne peuvent] faire l’objet d’un appel des parties, et notamment des décisions rendues en matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire ». Le mis en examen pourra dès lors agir en nullité à l’encontre de toutes les mesures de contrainte autres que la détention provisoire et le contrôle judiciaire, la nullité apparaissant comme le recours de droit commun en la matière. Le mis en examen peut également à tout instant demander la mainlevée de la détention provisoire, du contrôle judiciaire ou de l’assignation à résidence. Afin de ne pas priver l’individu contraint de son droit au recours, le législateur a aménagé la procédure en prenant en compte l’éventuelle privation de liberté. En effet, lorsque la personne est détenue, la déclaration d’appel ou de pourvoi, ainsi que la demande de mainlevée est faite auprès du chef de l’établissement pénitentiaire qui la signera et la transmettra sans délai au greffe de la juridiction désignée par le législateur¹. La Cour de cassation a, en matière de mainlevée de la détention provisoire, considéré que cette formalité essentielle² ne peut être supplée ni par une lettre, ni par un mémoire, ni par une demande écrite spécialement remise par le conseil du détenu par exemple à l’issue d’une confrontation devant le juge d’instruction.

Cependant, la Cour européenne des droits de l’homme a souligné que ces voies de recours « ne concernent que les personnes déjà mises en examen par le juge d’instruction ». Elle en déduit que les personnes détenues au petit dépôt à l’issue de leur garde à vue et avant leur mise en examen ne disposent « en droit interne d’aucun recours pour faire statuer à bref délai sur la légalité de [leur] détention »³. Il est dès lors possible de s’interroger sur l’existence réelle d’un recours permettant de faire statuer à bref délai sur la légalité de mesures privatives de liberté antérieures à la mise en examen ou au renvoi devant une juridiction de jugement par citation directe, telles que la retenue douanière, la vérification d’identité ou la garde à vue. En outre, en l’absence d’instruction, la nullité ne pourra être soulevée que devant la juridiction de jugement, ce qui, au regard des délais de procédure, relativise l’effectivité de ce droit de recours.

691. Par ailleurs, la réparation d’un préjudice lié à une mesure de contrainte ne peut, par définition, être demandée que par la personne ayant subi le préjudice.

¹ Article 503 du CPP pour l’appel ; article 577 du CPP pour le pourvoi ; article 148-8 pour la mainlevée de la détention provisoire.

² Crim. 14 octobre 1986, *Bull.* n°286 ; Crim. 19 août 1987, *D.* 1987 IR p. 204.

³ CEDH 27 juillet 2006, *Zervudacki contre France*, Requête n° 73947/01.

692. En revanche, actuellement, l'individu contraint ne joue qu'un rôle extrêmement indirect lorsqu'il s'agit d'engager les responsabilités pénale et disciplinaire. Afin de renforcer la protection des droits et libertés, la loi du 5 mars 2007¹ insérait un nouvel article 48-2 dans l'ordonnance du 22 décembre 1958 prévoyant la possibilité pour les justiciables de saisir le Médiateur de la République d'une réclamation portant sur le comportement d'un magistrat. Le Médiateur ne pouvait pas porter une appréciation sur les actes juridictionnels mais pouvait « solliciter tous éléments utiles » auprès des premiers présidents de cours d'appel et des procureurs généraux. Lorsqu'il estimait que les faits en cause étaient de nature à recevoir une qualification disciplinaire, le Médiateur transmettait la réclamation au ministre de la justice aux fins de saisine du Conseil supérieur de la magistrature. Le garde à Sceaux avait l'obligation de demander une enquête aux services compétents mais n'était pas tenu d'engager les poursuites disciplinaires. Cependant, s'il décidait de ne pas le faire, il devait en informer le Médiateur qui pouvait alors établir un « rapport spécial publié au Journal officiel ». Le Conseil constitutionnel a estimé de manière assez laconique qu'« en reconnaissant au Médiateur l'ensemble de ces prérogatives, le législateur organique a méconnu tant le principe de la séparation des pouvoirs que celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire » et a en conséquence déclaré contraire à la Constitution ce nouvel article². Les simples particuliers s'estimant victimes d'une violation de leurs droits et libertés peuvent déposer plainte ou en informer le Défenseur des droits. Réformation et nullité apparaissent ainsi comme les moyens principaux pour l'individu contraint de voir constater une violation des droits et principes encadrant la contrainte probatoire.

693. Une interprétation évolutive. Quant à la personne pouvant soulever la nullité d'un acte, pendant longtemps la Cour de cassation a procédé à une interprétation restrictive des textes, estimant que le droit d'obtenir la nullité n'appartenait qu'à la personne dont les droits avaient directement été violés³. En matière de contrainte, seul l'individu contraint pouvait ainsi se prévaloir de la violation des droits et principes encadrant ces mesures. Pourtant, en 2006, la Cour de cassation a ouvert la nullité aux personnes tierces à un acte ayant porté atteinte à leurs intérêts. En l'occurrence, il s'agissait de la requête d'une personne mise en examen à la suite d'une information ayant débuté par le contrôle d'identité illégal d'un tiers. Le mis en examen était, par conséquent, totalement étranger à l'acte illégal. Au regard de la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation aurait dû confirmer le rejet de cette requête par la Cour d'appel. Cependant, la Cour

¹ Préc..

² Cons. Const. Décision n°2007-551 DC du 1^{er} mars 2007 Loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, considérant n°11.

³ Crim. 16 janvier 1996, *Bull.* n°24 ; Crim. 31 mars 1998, *Bull.* n°121 ; Crim. 14 décembre 1999, *Bull.* n°304 ; Crim. 14 novembre 2001, *Bull.* n°238 ; Crim. 2 février 2005, *Bull.* n°41.

de cassation se fonde sur les articles 171 et 802 du Code de procédure pénale qui visent comme titulaire de l’action en nullité les parties dont les intérêts sont atteints par un acte violant des formalités substantielles¹. Ce faisant la Cour de cassation procède, par conséquent, à une application stricte des textes. L’individu contraint n’est, ainsi, plus le seul à pouvoir soulever la nullité. La Cour de cassation protège ainsi au mieux les droits et libertés individuels.

694. Le législateur a subordonné l’exercice de certains recours à des conditions autres que la seule titularité du droit de recours.

B- Des conditions de fond restrictives

695. L’exercice effectif du droit de recours est régulièrement subordonné à une décision préalable (1°). De plus, l’objet du contrôle est lui-même strictement encadré par le législateur (2°).

1°/ La nécessité d’une décision préalable

696. Au cours de l’instruction, les demandes de nullité sont subordonnées à un examen de recevabilité du président de la chambre de l’instruction. En outre, l’engagement des responsabilités pénale et disciplinaire suppose une décision constatant l’irrégularité commise.

697. L’examen de recevabilité du président de la chambre de l’instruction. L’article 173 du Code de procédure pénale dispose que « dans les huit jours de la réception du dossier par le greffe de la chambre de l’instruction, le président peut, par ordonnance non susceptible de recours, constater que la requête [en nullité] est irrecevable en application du présent article, troisième ou quatrième alinéa, de l’article 173-1, des articles 174, premier alinéa, ou 175, deuxième alinéa ; il peut également constater l’irrecevabilité de la requête si celle-ci n’est pas motivée. S’il constate l’irrecevabilité de la requête, le président de la chambre de l’instruction ordonne que le dossier de l’information soit renvoyé au juge d’instruction ; dans les autres cas, il le transmet au procureur général qui procède ainsi qu’il est dit aux articles 194 et suivants ». La décision

¹ Crim. 6 septembre 2006, *JCP* 2007 II 10081 note MATSOPOULOU (H.).

d'irrecevabilité de la requête en nullité est insusceptible de recours sauf excès de pouvoir permettant de saisir la Cour de cassation¹. Le législateur reconnaît ainsi au président de la chambre de l'instruction un véritable pouvoir de filtre des requêtes en nullité. Toutefois, celui-ci ne doit se fonder que sur le défaut de compétence de la chambre de l'instruction, le non respect des formalités de la requête, le non respect des délais de recours ou l'absence de motivation de la requête. A l'inverse, le président de la chambre de l'instruction ne peut se prononcer sur le bien-fondé des moyens de nullité proposés². Il ne peut donc, en principe, que faire un contrôle de recevabilité de la requête en nullité et non un contrôle de fond.

698. La décision préalable aux responsabilités pénale et disciplinaire. Afin d'éviter l'engagement systématique de la responsabilité pénale des membres de la police judiciaire et des magistrats qui risquerait de porter atteinte à leur indépendance et de paralyser le système judiciaire, le législateur limite considérablement le droit de recours effectif contre les auteurs d'une violation d'une règle de procédure pénale³. En effet, depuis la loi du 8 février 1995⁴, l'article 6-1 du Code de procédure pénale dispose que « lorsqu'un crime ou un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action publique ne peut être exercée que si le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion a été constaté par une décision devenue définitive de la juridiction répressive saisie. Le délai de prescription de l'action publique court à compter de cette décision ». La nullité ou la réformation de l'acte apparaît ainsi comme une condition préalable de l'action publique exercée contre l'agent public auteur de la violation d'une règle de procédure pénale. Le législateur a ainsi cherché un équilibre entre indépendance et efficacité du système judiciaire d'un côté et protection, notamment, des droits et principes encadrant la contrainte de l'autre.

699. Lors des travaux préparatoires de la loi du 5 mars 2007⁵ à l'Assemblée nationale, il a été proposé de compléter l'article 43 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Il était proposé que « constitue notamment un manquement aux devoirs de son état la violation grave et

¹ Crim. 26 novembre 1993, *Bull.* n°360 ; Crim. 29 octobre 1996, *Bull.* n°377 ; Crim. 17 décembre 2002, *Bull.* n°228.

² Crim. 13 décembre 1994, *Bull.* n°403.

³ DEBBASCH (C.), « Le contrôle de légalité des actes de police judiciaire par le juge judiciaire », in *Liber amicorum Jean Waline Gouverner Administrer Juger, op. cit.*, p. 505 à 512.

⁴ Loi n°95-125 du 8 février 1995 portant organisation des juridictions et procédure pénale

⁵ Loi organique n° 2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, *JORF* n°55 du 6 mars 2007 p. 4184.

intentionnelle par un magistrat d’une ou plusieurs règles de procédure constituant des garanties essentielles des droits des parties, commises dans le cadre d’une instance close par une décision de justice devenue définitive ». Cette formulation exigeait ainsi simplement que l’affaire soit définitivement close, mais en aucun cas elle n’imposait que la violation des règles ait été constatée par une décision définitive. Cette rédaction a été considérée contraire à la pratique. Le Conseil supérieur de la magistrature s’est toujours « appuyé sur une décision de justice définitive pour établir que l’acte juridictionnel avait outrepassé gravement les règles de droit ». De plus, cette proposition a été considérée comme conférant « au CSM un pouvoir d’appréciation entier sur l’acte juridictionnel », opérant ainsi « une réelle confusion entre l’office des juges d’appel et de cassation et celui de l’instance disciplinaire »¹. Aussi le Sénat a-t-il modifié cette disposition en précisant que la violation « grave et délibérée » des règles de procédure devait être « constatée par une décision de justice définitive ». A la suite des débats devant la Commission mixte paritaire, a finalement été adoptée une formulation mixte indiquant que « constitue un manquement aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d’une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d’une instance close par une décision de justice devenue définitive ». Saisi de cette disposition, le Conseil constitutionnel a rappelé, le 1^{er} mars 2007, que « l’indépendance de l’autorité judiciaire, garantie par l’article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamés par l’article 16 de la Déclaration de 1789, n’interdisent pas au législateur organique d’étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu’une violation grave et délibérée d’une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité ; que toutefois, ces mêmes principes font obstacles à l’engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n’a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive »². Le Conseil, tout en donnant des indications pour une future réforme, conclut alors au non respect de la Constitution. La responsabilité disciplinaire peut, dès lors, être engagée en cas de violation des droits et principes encadrant les mesures de contrainte. Toutefois, cela est subordonné à une décision préalable constatant cette violation. Au regard des termes utilisés par le Conseil constitutionnel, cette condition préalable apparaît comme une garantie de l’indépendance judiciaire et de la séparation des pouvoirs. Selon le Conseil constitutionnel, elle permet l’équilibre délicat entre

¹ CE Avis n° 373.359 du 13 juillet 2006 ; Rapport n°176 (2006-2007) de M. Jean-Jacques HYEST fait au nom de la commission des lois du Sénat déposé le 24 janvier 2007.

² Cons. Const. Décision n°2007-551 DC du 1^{er} mars 2007 Loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, considérant n°7 ; LUDET (D.) et MARTINEL (A.), « Les demi-vérités du Conseil constitutionnel », *D.* 2007 p. 1401 à 1407.

efficacité de la recherche de la vérité et protection des droits et libertés individuels. L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoit en son article 121-11 que « lorsqu'une infraction reprochée par une partie à une personne concourant à la procédure pénale implique une violation des dispositions du présent code, l'action pénale ne peut être engagée qu'après qu'une décision définitive de la juridiction répressive saisie d'une demande d'annulation ait constaté la violation. La prescription de l'action pénale est suspendue jusqu'à l'intervention de cette décision ».

700. De plus, l'objet même de certains contrôles de la contrainte est limité par le législateur.

2°/ L'objet limité du contrôle

701. Le législateur a organisé un système de purge automatique des nullités limitant de ce fait le contrôle possible. En outre, le contrôle effectué par la chambre de l'instruction est limité par la règle de l'unique objet de l'appel.

702. La purge des nullités. La nullité ne peut être soulevée que de manière extrêmement limitée dans le temps. En effet, en vertu de l'article 173-1 du Code de procédure pénale, « sous peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître. Il en est de même s'agissant des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant chacun de ses interrogatoires ultérieurs ». De plus, l'article 174 dispose que « lorsque la chambre de l'instruction est saisie sur le fondement de l'article 173, tous moyens pris de nullité de la procédure qui lui est transmise doivent, sans préjudice du droit qui lui appartient d'office, lui être proposés. A défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître ». Le législateur a ainsi mis en place un système de purge automatique des nullités à un double niveau en cas d'instruction. Si une instruction a été décidée, aucune nullité relative à un acte d'enquête ne pourra être soulevée plus de six mois après la mise en examen. A compter de l'envoi de l'avis de fin d'information, les dernières nullités de l'enquête et de l'instruction doivent être soulevées dans le délai d'un mois lorsque le mis en examen est détenu et de trois mois dans les autres cas en vertu de l'article 175 alinéa 4. A l'issue de ces délais

aucune demande n’est recevable. Il convient de souligner que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l’article 173 du Code de procédure pénale. En effet, elle estime que cette question n’est pas nouvelle et qu’elle ne présente pas un caractère sérieux en ce que « le délai imparti à la personne mise en examen, par la disposition législative contestée, qui est destinée à éviter une remise en cause tardive de l’information de nature à fragiliser la procédure, est justifié par l’objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, et qu’au surplus, d’une part, la chambre de l’instruction a le pouvoir de relever d’office tout moyen de nullité à l’occasion de l’examen de la régularité des procédures qui lui sont soumises, et, d’autre part, la personne mise en examen a toujours la faculté de discuter la valeur probante des pièces de la procédure devant la juridiction de jugement »¹.

703. De plus, si le procureur de la République n’a pas décidé de recourir à une instruction en matière correctionnelle, toutes les nullités doivent être soulevées avant toute défense au fond, sous peine d’irrecevabilité en vertu des articles 385 et 385-1 du Code de procédure pénale.

704. Certes, un tel système limite la possibilité d’exercer un recours. Cependant, il permet également de s’assurer que la recherche de la vérité ne soit pas paralysée², et que la nullité ne soit pas invoquée de manière dilatoire, le requérant attendant pratiquement la fin de la procédure pour tout anéantir.

En outre, l’appel, recours d’exception en matière de contrainte, a un effet dévolutif³ qui vient limiter l’étendue du contrôle effectué par la chambre de l’instruction.

705. L’unique objet de l’appel. La chambre de l’instruction est liée par la « règle de l’unique objet » de l’appel. Cette règle implique que la chambre de l’instruction ne peut statuer que sur les moyens relatifs à l’objet principal de l’appel⁴. A titre d’exemple, si le mis en examen interjette appel d’une ordonnance relative à la détention provisoire, la chambre de l’instruction n’est pas tenue de statuer sur un moyen remettant en cause la validité de la garde à vue antérieure au placement en détention. En revanche, elle doit statuer sur tous les moyens relatifs à la validité de

¹ Crim. 20 juillet 2011, décision n°4300 QPC.

² GUERRIN (M.), « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d’innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », *RSC* 2000 p. 753 à 767.

³ Pour un rappel de l’effet dévolutif de l’appel voir Crim. 2 février 2011, pourvoi n°10-87.868.

⁴ Crim. 6 janvier 1961, A. Imerzég, *Bull.* n°6.

la détention¹. Cependant, cette règle de l'unique objet n'empêche pas la chambre de l'instruction, saisie de l'appel contre une ordonnance relative à la détention provisoire d'un mis en examen, d'ordonner d'office la mise en liberté d'un co-mis en examen de l'appelant. En effet, comme l'a souligné Monsieur Maron, la liberté étant le principe, la règle de l'unique objet ne peut être un obstacle à la mise en œuvre par la chambre de l'instruction du pouvoir qu'elle tient de l'article 201 du Code de procédure pénale².

Une nouvelle fois, cette règle illustre un équilibre délicat entre protection des droits et efficacité du système judiciaire. En effet, elle évite à la chambre de l'instruction une accumulation de moyens tendant à la faire statuer sur la validité d'actes ne pouvant faire l'objet d'un appel. Ces moyens peuvent être analysés comme contournant les règles de procédure et comme étant dilatoires.

706. Toutefois, pour que le droit au recours soit considéré comme effectif, il faut que la procédure régissant le recours possible réponde à un certain nombre de conditions.

§2- Les conditions procédurales

707. Même si toutes les garanties du procès équitable ne s'appliquent pas, un minimum est requis. La juridiction compétente doit être indépendante et impartiale (A). De plus, la procédure doit être contradictoire et respecter une certaine célérité (B).

A- Indépendance et impartialité

¹ Crim. 7 août 2002, *Dr. Pén.* 2003 Comm. n°13 note MARON (A.).

² Crim. 26 septembre 1995, *Dr. Pén.* 1995 Comm. n°269 note MARON (A.).

708. Pour être conforme à la Convention européenne des droits de l’homme, le droit de recours doit permettre de saisir une juridiction indépendante et impartiale. Cela conduit à s’intéresser aux juridictions matériellement (1°) et territorialement (2°) compétentes pour statuer sur les différents recours.

1°/ Compétence matérielle

709. L’indépendance et l’impartialité sont des conditions posées par la Cour européenne des droits de l’homme. Au regard de la définition de l’impartialité retenue par cette Cour dans le cadre de l’article 5, il est possible de s’interroger sur le respect de ces conditions dans le cadre de certains recours.

710. Les conditions européennes. Selon la Cour européenne des droits de l’homme « si la procédure au titre de l’article 5§4 ne doit pas toujours s’accompagner de garanties identiques à celles que l’article 6§1 prescrit pour les procès civils ou pénaux, il faut qu’elle revête un caractère juridictionnel et offre des garanties appropriées au type de privation de liberté en question »¹. Plus précisément, l’article 5§4 de la Convention n’exige pas expressément que la juridiction compétente soit indépendante et impartiale. Toutefois, la cour a jugé que l’indépendance représente l’un des éléments constitutifs les plus importants de la notion de tribunal. « Il serait inconcevable que l’article 5§4 de la Convention n’envisage pas également comme condition fondamentale l’impartialité du tribunal en question »². Le recours prévu en application de l’article 5§4 doit, par conséquent, avoir lieu devant un tribunal, c’est-à-dire un organe décisionnel et non simplement consultatif, indépendant vis-à-vis de l’exécutif et des parties et, surtout, impartial *in abstracto* c’est-à-dire au regard du rôle de ce tribunal en général et non au regard de son rôle dans l’espèce³.

711. L’article 5§5 de la Convention européenne des droits de l’homme ne précise rien quant à l’autorité compétente pour accorder l’indemnisation en cas de privation de liberté irrégulière.

¹ CEDH 29 mars 2001, D.N. contre Suisse, Requête n° 27154/95, §41 ; CEDH 4 juillet 2000, Niedbala contre Pologne, Requête n° 27915/95, §66 ; CEDH 24 octobre 1979, Winterwerp contre Pays-Bas, Requête n° 6301/73, §57.

² CEDH 29 mars 2001, D.N. contre Suisse, Requête n° 27154/95, §42.

³ Voir notamment KOERING-JOULIN (R.), « Article 5§4 », *in* sous la direction de PETTTTI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l’homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 229 à 233.

Cependant, selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à réparation revêt de par sa nature même un « caractère civil »¹, y compris lorsque la procédure met en cause la puissance publique². Dès lors, la procédure d'indemnisation prévue à l'article 5§5 doit respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'indemnisation doit être accordée par un tribunal indépendant et impartial, dans un délai raisonnable, selon une procédure équitable et publique³.

712. Si l'article 5 n'est relatif qu'aux privations de liberté, les recours exercés contre les autres mesures de contrainte probatoire sont soumis aux mêmes conditions au regard des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

713. Un droit positif critiquable. L'ensemble des autorités internes saisies des différents recours ont bien un véritable pouvoir décisionnel puisqu'elles peuvent mettre fin à la contrainte, faire disparaître l'acte originaire, ordonner l'indemnisation de la victime d'une violation des droits et principes encadrant la contrainte ou, encore, sanctionner l'auteur d'une telle violation. Elles n'ont pas qu'un simple rôle consultatif. En outre, l'indépendance de la chambre de l'instruction, des juridictions de jugement et de la Cour de cassation chargées de la réformation, de la nullité et de la mainlevée de la contrainte ne pose pas de difficulté. Ces juridictions sont, en effet, composées de magistrats du siège, membres de l'autorité judiciaire. La même remarque peut être retenue à l'égard des juridictions compétentes pour statuer sur la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article L141-1 du COJ.

En 1970, la question de la juridiction compétente pour statuer sur l'indemnisation de la détention provisoire a fait débat. En Allemagne, aux Pays-Bas ou en Grèce, l'indemnisation est accordée après une action devant le juge ayant prononcé l'acquittement, alors qu'en Belgique c'est le ministre de la justice lui-même qui est compétent⁴. La solution belge ne semble même pas avoir été évoquée en 1970. En revanche, le législateur a expressément rejeté l'idée d'une compétence des juridictions de jugement « afin d'éviter un débat contentieux assez délicat devant les

¹ CEDH 29 mai 1997, *Georgiadis contre Grèce*, Requête n° 21522/93, RSC 1998 p. 167 obs. PETTTTI (L.E.) ; RSC 1998 p. 391 obs. KOERING-JOULINS (R.).

² Sur ce point voir COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.F.), « Chronique d'actualité Commission et Cour européenne des droits de l'homme », *Justices* 1995 n°1 p. 147.

³ CEDH 29 mai 1998, *Georgiadis contre Grèce*, Requête n° 21522/93, RSC 1998 p. 167 obs. PETTTTI (L.E.), RSC 1998 p. 391 obs. KOERING-JOULIN (R.).

⁴ Sous la direction de PRADEL (J.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Cujas, 1992, p. 407.

juridictions de droit commun » risquant de remettre en cause l’autorité de chose jugée¹. Le législateur de 1970 a, par conséquent, opté pour une formation judiciaire d’exception, la Commission nationale d’indemnisation de la détention provisoire. Elle est composée du premier président de la Cour de cassation, ou de son représentant, et de deux magistrats du siège de la Cour de cassation ayant le grade de président de chambre, de conseiller ou de conseiller référendaire, désignés annuellement par le bureau de la Cour ainsi que de trois suppléants. La loi du 15 juin 2000 a modifié cette compétence tout en conservant le principe d’une juridiction judiciaire d’exception. Depuis, l’indemnisation est, en effet, allouée par une décision du premier président de la Cour d’appel dans le ressort de laquelle a été rendue la décision de non-lieu, relaxe ou acquittement, la Commission nationale devenant juridiction du second degré. Le législateur a expressément qualifié ces juridictions de « juridictions civiles ». En vertu des articles 34 et 37 de la Constitution, cette qualification permet de fixer la procédure devant être respectée devant elles par voie réglementaire et non par voie législative. De plus, cette qualification permet de s’assurer que les garanties de l’article 6 seront respectées. La composition et le choix de ces juridictions sont une garantie de leur indépendance et illustrent, encore une fois, la recherche d’un équilibre entre l’autorité du système judiciaire et la protection des droits et libertés.

714. Cependant, certains auteurs émettent des doutes quant à l’impartialité réelle des magistrats de la chambre de l’instruction amenés à contrôler les actes du juge d’instruction. L’impartialité doit, en effet, être envisagée à la fois du point de vue statutaire, c’est-à-dire au regard de l’absence de toute subordination organique, et du point de vue personnel, c’est-à-dire au regard de l’absence de parti pris du juge, soit objectivement en raison d’un cumul de fonctions, soit subjectivement en raison de préjugés. Ces auteurs dénoncent l’esprit corporatiste des magistrats, les chambres de l’instruction apparaissant comme des « organes de validation »². Cette critique est d’autant plus inquiétante que la chambre de l’instruction peut se réserver le contentieux de la détention provisoire, mesure de contrainte la plus grave. En effet, en cas d’appel contre une ordonnance de refus de mise en liberté, la chambre de l’instruction peut se saisir immédiatement de toute demande de mise en liberté sur laquelle le juge d’instruction n’a pas encore statué, et se prononcer à la fois sur l’appel et sur cette demande en vertu de l’article 207 alinéa 4 du Code de

¹ BRYON (C.), « Des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d’acquiescement en raison de la détention provisoire subie », préc..

² DEBBASCH (C.), « Le contrôle de légalité des actes de police judiciaire par le juge judiciaire », préc..

procédure pénale¹. Si la chambre de l'instruction infirme l'ordonnance entreprise, son arrêt se substitue à celle-ci et le dossier est renvoyé au juge d'instruction.

715. En outre, la chambre de l'instruction avait la possibilité de se réserver l'ensemble du contentieux de la détention provisoire pour l'avenir. Il s'agissait d'une jurisprudence constante depuis un arrêt du 22 décembre 1959². La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait, toutefois, dans l'arrêt Léger de 1977, quelque peu atténué cette solution en subordonnant la compétence de la chambre de l'instruction à une double condition. Tout d'abord, la chambre devait avoir décidé du placement en détention provisoire. Ensuite, elle devait s'être expressément réservé ce contentieux³. Dans un arrêt du 4 novembre 1987, la Cour de cassation semblait avoir amorcé un retour à la jurisprudence de 1959. Elle estimait qu'une chambre d'accusation « ayant elle-même décerné mandat de dépôt, était [...] seule compétente pour se prononcer sur la détention provisoire de l'inculpé pendant la durée de l'information ». Cependant, cette compétence restait subordonnée aux conditions de 1977⁴. Par un arrêt de 2002, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait expressément inversé cette solution. Le principe était la compétence de la chambre de l'instruction pour tout le contentieux de la détention provisoire sauf mention contraire expresse de celle-ci⁵. Mettant fin à cette dernière jurisprudence et revenant pratiquement à la solution de 1977, la loi du 9 mars 2004 a modifié l'article 207 du Code de procédure pénale⁶. Une chambre de l'instruction qui infirmait la mise en liberté décidée par le juge d'instruction ne pouvait ordonner la prolongation de la détention provisoire si elle ne s'était pas préalablement réservé expressément le contentieux de cette mesure⁷. La chambre de l'instruction intervenait alors en tant que juridiction du premier degré et devait statuer en application des articles 148-1 et 148-2 du Code de procédure pénale⁸. Le législateur avait, dès lors, eu le souci d'organiser une procédure la plus efficace possible en restreignant les délais et les

¹ Crim. 3 octobre 1991, *Gaz. Pal.* 1992 1^{er} sem. Chr. de droit et jurisprudence criminels p. 45.

² Crim. 22 décembre 1959, *D.* 1960 p. 1 conclusion BESSON, *JCP* 1962 II 12857 note CHAMBON (P.) ; Crim. 22 février 1977, *Bull.* n°69.

³ Crim. 24 novembre 1977, A. Léger, in PRADEL (J.) et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009, n°37; *JCP* 1978 II 18781 note CHAMBON (P.), *D.* 1978 p. 56 note MALAVAL (A.) ; Crim. 2 juin 1987, *Bull.* n°230.

⁴ Crim. 4 novembre 1987, *RSC* 1988 p. 333 obs. BRAUNSCHWEIG (A.).

⁵ Crim. 19 février 2002, *Bull.* n°30.

⁶ Celui-ci dispose désormais que « lorsque la chambre de l'instruction décerne mandat de dépôt ou qu'elle infirme une ordonnance de mise en liberté ou de refus de prolongation de détention provisoire, les décisions en matière de détention provisoire continuent de relever de la compétence du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention sauf mention expresse de la part de la chambre de l'instruction disant qu'elle est seule compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté et prolonger le cas échéant la détention provisoire ».

⁷ Crim. 19 décembre 2006, *Bull.* n°318.

⁸ Crim. 4 novembre 2008, *AJ pén.* 2009 p. 40.

formalités de recours rendant ce droit de recours effectif. Toutefois, cela privait l’individu contraint d’un degré de juridiction, le seul recours ouvert étant le pourvoi en cassation. Le Conseil constitutionnel, saisi d’une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point, a, le 17 décembre 2010, conclu à l’inconstitutionnalité des deuxième et troisième phrases de l’alinéa 1 de l’article 207. Cependant, il ne retient pas la violation du principe du double degré de juridiction, celui-ci n’ayant pas valeur constitutionnelle, mais il estime que ces dispositions violent le principe d’égalité en raison du pouvoir discrétionnaire accordé à la chambre de l’instruction. L’abrogation de cette disposition est immédiate et s’étend non seulement à la détention provisoire mais également au contrôle judiciaire et à l’assignation à résidence sous surveillance électronique¹.

En outre, s’agissant de l’impartialité, il ne faut pas oublier que la chambre de l’instruction est composée de magistrats hiérarchiquement supérieurs au juge d’instruction. L’expérience professionnelle ainsi que le grade des magistrats composant la chambre de l’instruction sont en eux-mêmes une garantie de ce contrôle. Une réserve peut, toutefois, être émise. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime qu’un président ayant rejeté le référé-liberté peut être membre de la chambre de l’instruction statuant sur l’appel². Cette double compétence du même magistrat peut conduire à s’interroger sur sa réelle impartialité en tant que membre de la chambre de l’instruction, en particulier lorsque l’appel porte justement sur les motifs de la détention. Que dire lorsque la chambre de l’instruction statue elle-même à la fois sur le référé-liberté et sur l’appel comme semble l’y autoriser la loi du 15 juin 2000 ? Si la création du référé-liberté s’explique par la volonté de limiter dans le temps les détentions manifestement illégales, en l’absence de réelle motivation, son organisation reste à améliorer dans un souci de respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l’homme. Il convient d’exclure, peut être, la possibilité d’en saisir la chambre de l’instruction et ainsi que le président des débats de l’appel lorsqu’il a rejeté le référé. Certes, il est possible d’objecter qu’une telle organisation risquerait d’être trop lourde dans les petites juridictions. Toutefois, dans ce cas, le recours aux magistrats itinérants pourrait être une solution.

2°/ Compétence territoriale

716. La condition de l’impartialité peut conduire à s’interroger sur la juridiction territorialement compétente en cas de responsabilité personnelle. Les règles ont sur ce point été modifiées en 1993.

¹ Cons. Const. décision n°2010-81 QPC du 17 décembre 2010 ; *JCP* 2011 note 144 TELLIER-CAYROL (V.) ; *AJ pén.* 2011 p. 140 obs. ASCENSI (L.) ; LHUILIER (G.) et PLOUVIER (E.), « Le droit pénal et la Constitution Pour une simplification de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2011 p. 1091 à 1093.

² *Crim.* 6 juin 2000, *Procédures* 2000 Comm. n°222 note BUISSON (J.).

717. Les règles antérieures. Lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité personnelle, en particulier pénale, l'impartialité de la juridiction peut être remise en cause s'il s'agit de la juridiction dans le ressort de laquelle le magistrat ou le membre de la police judiciaire exerce habituellement ses fonctions. Ainsi, dans l'affaire Nardon, une fois la compétence de l'ordre judiciaire admise, le ministère public a tenté de délocaliser l'affaire. Il estimait que le jugement de celle-ci par les autorités judiciaires de la ville où les faits s'étaient déroulés pouvait entraîner des difficultés pour les autorités policières, en particulier en raison de l'atteinte portée à leur prestige. La Chambre criminelle de la Cour de cassation refusa cette délocalisation, aucun motif de renvoi pour cause d'utilité publique n'étant invoqué¹.

Le Code de procédure pénale a, par la suite, établi un ensemble de règles dérogatoires. Cette procédure réservée en 1959 aux magistrats, a été étendue aux officiers de police judiciaire par la loi du 2 février 1981². Il revenait à la Chambre criminelle de la Cour de cassation de désigner, à la demande du procureur de la République, la juridiction territorialement compétente. Ces règles s'expliquaient, certes, par la recherche de l'impartialité de la juridiction amenée à statuer sur des faits commis par des collaborateurs réguliers des autorités judiciaires³. Pourtant, elles pouvaient être à l'origine de nombreux retards dans le jugement de tels actes. D'ailleurs, dans l'affaire Tomasi contre France, la Cour européenne des droits de l'homme a sanctionné la France en raison justement de tels retards. En effet, dans cette affaire la Cour européenne des droits de l'homme a pu relever, notamment, que le ministère public avait attendu plus d'un an et demi avant de saisir la Cour de cassation aux fins de désignation des juridictions compétentes⁴. Ces règles dérogatoires ont été abrogées par l'article 102 de la loi du 4 janvier 1993.

718. Les règles actuelles. Désormais, le renvoi devant une juridiction d'un autre ressort territorial peut être ordonné par la Cour de cassation, à la requête du procureur de la République, pour trois motifs. Le premier motif est l'intérêt d'une bonne administration de la justice

¹ Crim. 18 février 1954, Nardon et autres, *D.* 1954 p. 165 Rapport de M. le conseiller Maurice PATIN.

² Crim. 26 juin 1979, *Bull.* n°227 ; Crim. 28 novembre 1979, *Bull.* n°342 ; Crim. 22 octobre 1981, *Bull.* n°281. Sur ce point voir FOURTEAU (H.), *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 85, 1996, p. 142 à 144.

³ Sur ce point voir COUVROT (P.), « Le contrôle pénal de la police », in *Droits de l'individu et police, Acte du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988*, *op. cit.*, p. 161 à 170.

⁴ CEDH 27 août 1992, Tomasi contre France, Requête n° 12850/87, §125.

permettant au ministère public, en vertu de l’article 664 du Code de procédure pénale, de requérir la délocalisation de l’affaire au profit de la juridiction du lieu de détention, lorsque le mis en examen est placé en détention provisoire afin d’éviter son transfèrement. La délocalisation peut également être ordonnée pour cause de sûreté publique en vertu de l’article 665. Le dernier motif est la suspicion légitime¹ en vertu de l’article 662. La délocalisation de l’affaire n’est donc plus systématique en cas d’atteinte aux règles de procédure pénale par un membre de la police judiciaire ou un magistrat par exemple. Cependant, certains auteurs ont souligné que ces règles pouvaient être appliquées de manière discrétionnaire et qu’il existait, par conséquent, encore des risques de manœuvres dilatoires faisant obstacle au jugement de tels actes².

En outre, il est possible de s’interroger sur l’impartialité du premier président de la cour d’appel compétent en matière d’indemnisation de la détention provisoire. En effet, sa proximité géographique avec les juges susceptibles d’être à l’origine de la détention provisoire, ainsi que son rôle déterminant s’agissant de la durée de cette mesure, peuvent laisser sceptique quant à son entière objectivité.

Contradictoire et célérité doivent également être respectés.

B- Contradictoire et célérité

719. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, le principe du contradictoire doit être respecté pour que le droit au contrôle de la contrainte et à l’indemnisation soit effectif (1°). En outre, la célérité de la procédure est d’autant plus importante que les atteintes aux droits et libertés de l’individu contraint sont graves (2°).

1°/ Le respect du principe du contradictoire

720. Cette condition est exigée par la Cour européenne des droits de l’homme. Le législateur interne s’est progressivement assuré que les divers recours respectent ce principe.

¹ La suspicion légitime a « pour objet le dessaisissement des juges au profit d’une formation ou d’une juridiction de même nature ». Civ. 2^e 15 avril 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°223 note PERROT (R.).

² Sur ce point voir FOURTEAU (H.), *L’application de la Convention européenne des droits de l’homme dans le droit interne des Etats membres*, op. cit., p144.

721. Une exigence européenne. La Cour européenne des droits de l'homme estime que le magistrat statuant sur une privation de liberté en vertu de l'article 5§3 doit remplir certaines conditions. Outre l'indépendance et l'impartialité, la Cour européenne des droits de l'homme exige que le magistrat entende l'individu et examine les circonstances militent pour ou contre la privation de liberté¹. Toutefois, au-delà du placement ou du maintien de la mesure privative de liberté, la Cour européenne impose également une procédure contradictoire lors des recours exercés à l'encontre des décisions relatives aux mesures de contrainte. Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme « dans une situation comme celle du requérant, où une longue période d'emprisonnement peut être en jeu et où des éléments touchant à la personnalité et au degré de maturité du détenu sont importants pour décider de sa dangerosité, l'article 5§4 exige une audience contradictoire dans le cadre d'une procédure emportant représentation par un défenseur et possibilité de citer et d'interroger des témoins »². De plus, il ne faut pas oublier que, s'agissant de l'indemnisation prévue par l'article 5§5, la Cour européenne des droits de l'homme renvoie à l'article 6. Les recours tendant au contrôle et à l'indemnisation des mesures de contrainte non privatives de liberté étant soumis au respect de l'article 13, le contradictoire est un principe général en la matière.

722. L'évolution interne. Prenant acte de la jurisprudence européenne, la loi du 9 juillet 1984³ a instauré le débat contradictoire lors du placement et du maintien en détention provisoire malgré l'opposition du monde judiciaire. Cette opposition était fondée sur les mêmes arguments que ceux soulevés à l'encontre de la consécration, en 1897, de l'intervention de l'avocat lors de l'instruction. Cela apparaissait contraire à la dignité de l'avocat et, surtout, il ne fallait pas désarmer l'Etat⁴. La Cour de cassation veille strictement au respect du contradictoire à ce stade. Ainsi, le ministère public doit être entendu et pouvoir développer ses réquisitions au cours du débat⁵. En outre, l'impossibilité pour l'avocat d'avoir accès au dossier avant le débat

¹ CEDH 4 décembre 1979 Schiesser contre Suisse, Requête n°.

² CEDH 21 février 1996, Hussain contre Royaume-Uni, Requête n° 21928/93, §59, CEDH 21 février 1996 Singh contre Royaume-Uni, Requête n° 23389/94, §68

³ Loi n°84-576 du 9 juillet 1984 relative au placement en détention provisoire et au mandat de justice.

⁴ SOULEZ-LARIVIERE (D.), « Les nécessités de l'accusatoire », *Pouvoirs* 1990 n°55 p. 66 à 79. Cet auteur cite une délibération de la Cour de cassation de 1897 inédite.

⁵ Peu importe qu'il quitte le débat après ses réquisitions et qu'il n'assiste pas au prononcé de la décision. Crim. 28 avril 2009, *AJ pén.* 2009 p. 269 obs. ROYER (G.) ; Crim. 12 mai 2009, *AJ pén.* 2009 p. 320.

contradictoire relatif à la prolongation de la détention provisoire fait grief aux droits du détenu¹ et est donc source de nullité du débat. L’absence de convocation de l’avocat de la défense au débat contradictoire préalable à la prolongation de la détention provisoire porte également nécessairement atteinte aux intérêts du mis en examen et conduit à la nullité du débat². Le respect du caractère contradictoire du débat relatif à la détention provisoire est ainsi devenu une formalité essentielle. En vertu de l’article 706-71 du Code de procédure pénale, des moyens de télécommunications peuvent être utilisés pour le débat relatif à la prolongation de la détention provisoire lorsque la personne est détenue pour une autre cause. L’avocat du mis en examen peut se trouver, soit auprès de la juridiction compétente, soit auprès de l’intéressé. La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que l’utilisation de la visioconférence pour organiser ce débat contradictoire n’est pas subordonnée à la démonstration de « circonstances imprévisibles et irrésistibles »³, les juridictions compétentes n’ayant pas à répondre spécialement à la demande de comparution personnelle sans visioconférence⁴.

Pourtant, le rapport Léger de septembre 2009 supprimait le débat contradictoire lors du renouvellement de la détention. En revanche, l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 pose comme principe général le débat contradictoire lorsque le juge de l’enquête et des libertés statue en matière de contrôle judiciaire, d’assignation à résidence et de détention provisoire⁵. Il reprend en l’état les dispositions de l’article 706-71 actuel⁶.

Une réserve quant au respect du principe du contradictoire peut, néanmoins, être émise. En effet, en vertu de l’article 146 du Code de procédure pénale, en cas de correctionnalisation des faits au cours de l’instruction, le juge d’instruction peut solliciter le maintien du mis en examen en détention provisoire. Le juge des libertés et de la détention statue alors sans recueillir les observations de la personne détenue. Le Conseil constitutionnel a, toutefois, déclaré l’article 146 conforme à la Constitution puisque le détenu peut à tout moment demander sa mise en liberté en vertu de l’article 148 du Code de procédure pénale et que sa demande ne peut alors être rejetée sans procédure contradictoire⁷. Le Conseil constitutionnel a, en effet, imposé dans une décision précédente, par voie de réserve d’interprétation, qu’en cas de saisine du juge des libertés et de la détention d’une demande de mise en liberté sur le fondement de l’article 148, cette demande ne

¹ Nancy 23 mars 1999, *D.* 2000 p. 179 note AUGER (V.).

² Crim. 4 décembre 2007, *Bull.* n°297

³ Crim. 24 février 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°210 obs. BUISSON (J.).

⁴ Crim. 20 janvier 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°150 obs. CHAVENT-LECLERE (A.S.)

⁵ Article 411-7 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

⁶ Article 132-4 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

⁷ Cons. Const. décision n°2011-168 QPC du 30 septembre 2011.

puisse être rejetée sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public¹.

723. En outre, faisant écho à la jurisprudence européenne fondée sur l'article 5§4, le respect du contradictoire en cas d'appel et de nullité est une formalité essentielle dont le non respect est source de nullité. En cas d'appel contre une décision du juge d'instruction, les parties doivent se voir notifier la date d'audience au moins quarante-huit heures avant celle-ci en matière de détention provisoire, et cinq jours dans les autres matières sous peine de nullité². En vertu de l'article 199 du Code de procédure pénale, en cas d'appel à l'encontre des décisions de prolongation de la détention provisoire, si le détenu en fait la demande, sa comparution personnelle est obligatoire sauf circonstance insurmontable. La Chambre criminelle de la Cour de cassation procède à un contrôle strict du respect de cette dernière condition. Ainsi, la seule hospitalisation du détenu ne suffit pas à constituer une telle circonstance insurmontable. La juridiction compétente peut, par exemple, différer l'examen de l'appel³.

724. La procédure suivie devant la Commission nationale d'indemnisation est contradictoire depuis sa création⁴. En outre, depuis la réforme de 2000, l'article R28 précise la procédure en

¹ Cons. Const. décision n°2010-62 QPC du 17 décembre 2010, *Procédures* 2011 Comm. n°72 obs. BUISSON (J.) ; *AJ pén.* 2011 p. 136 obs. PERRIER (J.B.).

² Crim. 10 juillet 1991, *RSC* 1992 p. 343 obs. BRAUNSCHWEIG (A.).

³ Crim. 17 mars 2009, *AJ pén.* 2009 p. 233 obs. LASSERRE CAPDEVILLE (J.).

⁴ En revanche, en 1970, le législateur a écarté la publicité et la motivation des décisions de la commission ainsi que la possibilité d'effectuer un recours contre celles-ci. Cette dernière rendait sa décision non motivée en chambre du conseil. Le législateur estimait que le respect de ces principes porterait atteinte aux règles traditionnelles de la liberté d'appréciation des juges du fond et de l'autorité de la chose jugée. Voir BRYON (C.), « Des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d'acquiescement en raison de la détention provisoire subie », préc. Il s'agit, cependant, de règles essentielles. Au-delà du risque d'arbitraire découlant d'un tel pouvoir, un acte juridictionnel n'est considéré comme légitime que s'il expose les raisons qui ont conduit son auteur à trancher ainsi les prétentions qui lui étaient soumises. En l'absence de motivation, le requérant ne peut savoir en quoi l'indemnisation allouée est la juste contrepartie de son préjudice ni quels sont les critères pris en compte contrairement à ce qu'exige la Cour européenne des droits de l'homme. CEDH 30 novembre 1987, H contre Belgique, Requête n° 8950/80, *RSC* 1988 p. 362 obs. PETTITI (L.E.) s'agissant des décisions disciplinaires du Conseil de l'Ordre des avocats belges. De plus, il ne s'agit pas pour la commission de se prononcer sur le fond de l'affaire. En réponse à ces critiques, la loi du 15 juin 2000 a exigé que les décisions du premier président de la Cour d'appel et de la Commission nationale soient motivées. De plus, la commission nationale devient juridiction d'appel des décisions du premier président. Cependant, aucun pourvoi en cassation n'est possible, la Commission nationale étant placée près la Cour de cassation. Toutefois, cette dernière semble admettre que les décisions de la Commission nationale fassent l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Civ. 2^e 31 janvier 2002, *Bull.* n°10 ; Civ. 2^e 29 janvier 2004, *Bull.* n°37. Les magistrats doivent se montrer prudents dans la rédaction de la motivation de leurs décisions. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré contraires à l'article 6, et plus précisément à la présomption d'innocence, des décisions rejetant une telle indemnisation dont les motifs faisaient référence à des soupçons pesant encore sur l'intéressé et énumérant exhaustivement les preuves qui les confortaient alors qu'il avait été relaxé ou acquitté. CEDH 25 août 1993, Sékanina contre Autriche, Requête n° 13126/87 ; CEDH 25 août 1987, Lutz contre Allemagne, Requête n° 9912/82.

première instance. « Dès la réception de la requête, le greffe de la cour d’appel demande au greffe de la juridiction qui a rendu la décision de non-lieu, de relaxe ou d’acquittement la communication du dossier de la procédure pénale ou, si cette procédure est toujours en cours en ce qui concerne d’autres personnes que le demandeur, de la copie du dossier ». Dans le délai de quinze jours à compter de la réception du dossier, le greffe de la cour d’appel « transmet une copie de la requête au procureur général près la cour d’appel et, par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, à l’agent judiciaire du Trésor ». Toutefois, aucun délai de transmission n’est imposé au greffe de la juridiction ayant rendu la décision de non-lieu, relaxe ou acquittement. Par la suite, le législateur a organisé une obligation pour chaque partie, c’est-à-dire l’agent judiciaire du Trésor, le procureur général et l’ancien détenu provisoire, de communiquer ses conclusions ou observations aux autres. L’échange des conclusions doit se faire dans des délais stricts. A la fin de cet échange de conclusions, la date de l’audience doit être notifiée à l’ensemble des parties au moins un mois avant.

725. La célérité est également une condition fondamentale.

2°/ La célérité de la procédure

726. Le législateur interne est très strict quant à la célérité des divers recours. Toutefois, là encore, certaines dérogations sont possibles.

727. Des dispositions strictes. L’article 5§4 de la Convention européenne des droits de l’homme prévoit que les recours contre les décisions de privation de liberté doivent être examinés dans « un bref délai ». Cette notion de « bref délai » laisse une certaine marge d’appréciation aux autorités nationales. Elle impose toutefois le respect d’une certaine diligence. Lorsque les textes internationaux prévoient l’obligation d’organiser une procédure respectant une certaine célérité, les Etats ont le libre choix entre soit fixer des délais prédéterminés soit utiliser à leur tour un standard laissant alors le soin aux autorités compétentes de déterminer, au regard des circonstances de l’espèce, le délai respectueux de cette célérité.

Le législateur français a choisi la première option et multiplié les délais fixes du moins pour les mesures les plus graves que sont la détention provisoire, le contrôle judiciaire et l’assignation à

résidence¹. Cependant, aucune disposition équivalente ne semble exister pour les autres mesures de contrainte. En particulier, la demande de nullité effectuée contre une garde à vue est soumise aux délais de droit commun alors que l'article 5§4 ne fait pas de distinction parmi les mesures privatives de liberté. Toutefois, alors que les recours effectués contre l'assignation à résidence, le contrôle judiciaire et la détention provisoire sont effectués pendant l'exécution de ces mesures, les recours effectués contre les autres mesures de contrainte intéressant cette étude le sont postérieurement. Il est, dès lors, possible de comprendre la distinction opérée par le législateur. L'atteinte aux droits et principes encadrant la détention provisoire, le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence étant par définition actuelle, une célérité plus grande doit être imposée aux autorités compétentes. La question du respect de l'exigence du bref délai posée par l'article 5§4 pour les autres mesures privatives de liberté se pose.

728. En matière de réparation de la détention provisoire, les articles R. 26 à R. 40-4 du Code de procédure pénale énumèrent également de manière très stricte les délais dans lesquels les différents actes de la procédure devant le premier président de la cour d'appel compétent et la Commission nationale doivent être faits. La demande devant le président de la cour d'appel compétent doit être effectuée dans le délai de six mois à compter de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement en vertu de l'article 149-2 du Code de procédure pénale. Toutefois, l'article R26 du même Code précise que ce point de départ du délai de recours n'est retenu que « si lors de la notification de cette décision, la personne a été avisée de son droit de demander une réparation ainsi que des dispositions de l'article 149-1, 149-2 et 149-3 (premier alinéa) ». Le législateur souhaite ainsi rendre effectif le droit à réparation en subordonnant la prescription de cette action au respect de l'information de l'individu. De plus, au regard des articles R. 26 et suivants du Code de procédure pénale, le pouvoir exécutif a encadré de manière stricte la durée de la procédure d'indemnisation de la détention provisoire. Cependant, le délai d'audiencement de la requête n'est pas déterminé par les textes. De plus, même si ces délais sont respectés, la procédure dure difficilement moins d'un an, délai allongé par la multiplication des demandes et l'encombrement subséquent des formations compétentes.

729. Des dérogations possibles. Si, dans l'ensemble, le législateur a tenté d'encadrer au maximum les délais des procédures de recours contre la contrainte, il a toutefois permis aux

¹ Articles 140, 148, 148-2, 149, 194 et 567-1 du CPP.

autorités compétentes de déroger à ces délais. La jurisprudence respecte alors strictement les conditions de ces dérogations.

730. Ainsi, il est possible de déroger à certains délais en cas de circonstances imprévisibles et insurmontables. Par exemple, l’article 194, qui impose un délai plus court à la chambre de l’instruction en cas d’appel d’une décision relative à la détention provisoire, prévoit également que la personne ne sera pas mise en liberté d’office malgré le non respect de ce délai si « des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables mettent obstacle au jugement de l’affaire dans le délai prévu au présent article ». En l’absence de définition de la notion de « circonstances imprévisibles et insurmontables », la Cour de cassation a été amenée à interpréter celle-ci. Selon elle, constitue une telle circonstance, le fait que, par suite d’un retard dans l’acheminement du courrier, la déclaration d’appel du détenu, régulièrement transmise par le chef de l’établissement pénitentiaire, ne soit pas parvenue au greffe de la chambre de l’instruction¹. En revanche, la jurisprudence refuse de faire supporter à la personne placée en détention provisoire toute faute des services judiciaires ou pénitentiaires. Le défaut ou le retard d’enregistrement de la demande de mise en liberté par le greffe alors que le chef de l’établissement pénitentiaire la lui avait régulièrement et sans délai adressée², ainsi que le retard d’enregistrement d’une déclaration d’appel suite à une erreur de manipulation de télécopie³ ou à la confusion d’un juge d’instruction entre la déclaration d’appel et une demande de mise en liberté ultérieure⁴, ne constituent pas une circonstance permettant la prolongation de ce délai.

731. En outre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation refuse de prolonger les délais impartis par le législateur, lorsque celui-ci n’a pas prévu expressément de dérogations. A titre d’exemple, elle a rappelé, à plusieurs reprises, que l’article 148-2 ne prévoit aucune faculté de prolonger les délais fixés. Ces délais ne peuvent, notamment, pas être prolongés lorsque la chambre de l’instruction a ordonné des vérifications concernant la demande dont elle est saisie⁵, contrairement à ce que prévoit l’article 194. La Cour de cassation se montre ainsi très stricte dans l’application de ces délais. Elle assure ainsi l’effectivité de la célérité des procédures.

¹ Crim. 22 avril 1985, *Bull.* n°149.

² Crim. 24 septembre 1987, *Bull.* n°312 ; Crim. 18 janvier 2011, pourvoi n°10-87.525.

³ Crim. 20 janvier 1987, *D.* 1987 p. 392 note MAYER (D.).

⁴ Crim. 23 février 2000, *Bull.* n°79.

⁵ Crim. 28 février 1984, *Bull.* n°78.

732. Cependant, pour la Cour européenne des droits de l'homme le respect des délais fixés par le législateur interne n'est pas nécessairement synonyme du respect du bref délai de l'article 5§4 de la Convention européenne¹. Aussi, la Cour de cassation n'hésite-t-elle pas à considérer que dans le silence du Code de procédure pénale, dans l'hypothèse de recours tels que ceux prévus par l'article 5§4 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge doit statuer à bref délai². Cette jurisprudence est d'autant plus importante en matière de détention provisoire que l'appel ou le pourvoi en cassation n'ont pas d'effet suspensif. Ainsi, l'article 5§4 va permettre au mis en examen de saisir directement la chambre de l'instruction d'une demande de mise en liberté quand le juge d'instruction a communiqué sa première demande au procureur de la République au bout de quinze jours³. En effet, le droit français n'édicte aucune sanction dans l'hypothèse où le juge d'instruction ne communique pas immédiatement la demande au procureur de la République⁴. De même, la chambre de l'instruction en cas de renvoi après cassation d'un arrêt relatif à la détention provisoire n'étant soumise à aucun délai pour statuer⁵, l'article 5§4 va permettre, en cas de délai excessif de mettre l'individu en liberté⁶. Par l'application directe de l'article 5§4, la Cour de cassation peut combler les vides juridiques laissés par le législateur afin d'assurer au maximum l'effectivité de la célérité des procédures de recours des décisions relatives aux mesures de contrainte les plus graves. Toutefois, à notre connaissance, elle ne semble utiliser cette possibilité que rarement.

733. Les délais impartis et les dérogations possibles montrent à leur tour la recherche d'un équilibre entre efficacité de la recherche de la vérité et protection des droits et principes encadrant la contrainte.

734. Conclusion. Si le droit à une procédure équitable lors du contentieux relatif à la contrainte constitue l'un des éléments de l'encadrement des mesures de contrainte, il permet également d'assurer l'effectivité de cet encadrement. Le renforcement des voies de recours ainsi

¹ MASTCHER (F.), « Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 579 à 592.

² Crim. 21 juin 1988, *Bull.* n°282.

³ Paris 20 juin 1990, *D.* 1991 SC p. 212.

⁴ Colmar 21 novembre 1985, *D.* 1987 SC. p. 80 note PRADEL (J.).

⁵ Crim. 21 novembre 1968, *RSC* 1969 p. 421 note ROBERT (J.) ; Crim. 14 octobre 1986, *Bull.* n°283.

⁶ Paris 29 septembre 1988, *RSC* 1989 p. 142 note BRAUNSCHWEIG (A.), *D.* 1989 p. 43 note HENNE (J.P.).

que de la responsabilité de l’Etat, voire de la responsabilité personnelle des membres de la police judiciaire et des magistrats pour les violations les plus graves, en cas de mesures de contrainte violant l’encadrement de la contrainte probatoire tend à une meilleure effectivité de ce dernier. Ce droit à un contentieux équitable connaît depuis quelques années une évolution. Cela ne peut que conduire à une réforme à plus ou moins long terme. Cette réforme nécessiterait une réelle réflexion prenant en compte à la fois les intérêts des justiciables et l’indépendance du service public de la justice. Cette évolution s’inscrit dans un mouvement plus large de reconnaissance d’un véritable « droit subjectif à la protection juridictionnelle »¹.

¹ SABOURAULT (D.), « La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité », *in* sous la direction de DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l’Etat*, *op. cit.*, p. 171 à 208.

Conclusion du titre I

735. S'agissant du droit à une procédure équitable, les auteurs des textes internationaux, et plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'homme, ont en réalité consacré deux droits qui, aujourd'hui, se complètent. Il s'agit, d'une part, d'un droit au contentieux équitable de la contrainte probatoire et, d'autre part, d'un droit au procès équitable s'appliquant malgré la contrainte. La complémentarité de ces droits permet aujourd'hui d'encadrer l'ensemble des mesures de contrainte. En outre, elle conduit à une meilleure effectivité de l'ensemble des autres droits et principes constituant l'encadrement de ces mesures. S'il est vrai que la mise en œuvre de ces deux droits reste encore déficiente, elle connaît, actuellement, une évolution tendant à une effectivité accrue.

736. A côté de ces droits, les textes internationaux postérieurs à la Seconde guerre mondiale ont mis en exergue la notion de dignité. Cette notion, par l'interprétation extensive qui en est faite, devient, progressivement, à son tour un principe encadrant la contrainte probatoire.

Partie II – L’encadrement contemporain : l’effectivité des droits de l’être humain

Titre I – Le droit à une procédure équitable

Titre II

Le droit à la dignité

Partie II – L’encadrement contemporain : l’effectivité des droits de l’être humain

Titre II – Le droit à la dignité

737. L'une des préoccupations premières des auteurs des textes internationaux postérieurs à la seconde guerre mondiale était d'assurer le respect de la dignité due à tout être humain par l'interdiction du recours à la torture et à tout traitement inhumain ou dégradant, comme l'illustre l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'appartenance à l'humanité suppose, en effet, que nul ne soit soumis à un traitement conduisant à nier cette humanité. Au sens strict, la dignité humaine s'entend comme étant une valeur universelle imposant le respect de quelqu'un et, en particulier, l'interdiction d'asservir cette personne physiquement ou psychiquement. Le respect de la dignité suppose, par conséquent, le respect de l'intégrité physique et psychique des personnes. Les auteurs de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international de 1966 avaient en vue le contexte des mesures de contrainte. Il leur apparaissait nécessaire, en réaction aux atrocités de la seconde guerre mondiale, d'encadrer ces mesures de telle sorte que la contrainte probatoire ne soit pas le cadre d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique.

738. Cette notion de dignité protégeant l'intégrité physique s'accompagne aujourd'hui d'une conception beaucoup plus large. La notion de dignité a, en effet, subi, au cours de ces dernières années de nombreuses extensions, rendant difficile sa définition. Désormais, la dignité est synonyme de respect que mérite l'être humain dans toutes ses dimensions. La dignité ne tend plus seulement à la protection de l'intégrité physique ou psychique de l'individu. Celui-ci doit également être protégé dans sa dimension morale. La réputation et l'honneur sont, dès lors, liés à la notion de dignité humaine. Ainsi, si le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne fait pas expressément ce lien, la notion de dignité a influencé tous les débats relatifs à la protection de l'honneur¹. La notion de dignité n'est ainsi plus seulement entendue dans le sens d'intégrité physique (Ch.1), mais vise également le respect de l'être humain dans sa dimension morale (Ch. 2).

¹ MAURER (B.), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 1999, p. 73 et 74.

Ch1- La dignité physique

739. Depuis la loi du 15 juin 2000¹, l’article préliminaire du Code de procédure pénale dispose que « les mesures de contrainte dont [le suspect] peut faire l’objet [...] doivent [...] ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ». De manière redondante, la loi du 14 avril 2011² précise à l’article 63-5 du Code de procédure pénale que « la garde à vue doit s’exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne ». Le législateur français ne définit pas expressément la notion de dignité. Cependant, il semble qu’il fasse référence à la dignité au sens du droit à l’intégrité physique et psychique. Première conception de la dignité humaine, au regard des textes internationaux mais également internes, la protection de l’intégrité physique et psychique est une question essentielle lorsque la personne est soumise à une mesure de contrainte. S’interroger sur son respect dans le cadre de ces mesures conduit à ne s’intéresser qu’aux mesures portant atteinte à la liberté d’aller et venir, puisque seules ces dernières mettent en jeu l’intégrité physique. La dignité au sens strict de l’être humain contraint est, aujourd’hui, un principe absolu (I). Toutefois, l’effectivité du respect de ce principe reste relatif (II).

Section I- Le principe absolu du respect de la dignité physique

740. Des prémices du respect de la dignité au sens étroit peuvent être relevées dès le XVIII^e siècle. Toutefois, au cours du XX^e siècle, ce principe a été totalement renouvelé (§1). La mise en

¹ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes.

²Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue.

œuvre de la contrainte conduit à une sanction renforcée des atteintes portées à cette nouvelle valeur protectrice de l'être humain (§2).

§1- Un principe historique renouvelé

741. La dignité au sens strict a été totalement renouvelée au XXe siècle tant au regard de la valeur qui lui est accordée (A), qu'au regard de sa portée (B).

A- Une nouvelle valeur

742. La philosophie des Lumières et la Révolution française n'accordaient à la dignité au sens strict qu'une simple valeur morale. Elle n'était qu'une composante de la liberté individuelle (1°). Au XXe siècle, elle a acquis une véritable valeur juridique au plan international (2°).

1°/ Une valeur morale

743. Les philosophes des Lumières dénonçaient le recours à la torture de l'Ancien Régime en avançant divers arguments principalement axés sur la protection de la liberté individuelle. Ce fondement se retrouve d'ailleurs dans la Déclaration des droits de l'homme.

744. La dénonciation de la torture. Avec le renforcement progressif de la valeur accordée à l'aveu, la torture était devenue, au fil des siècles, un moyen légal de recherche des preuves¹.

¹ Sous la République Romaine, la torture pouvait être utilisée contre les esclaves afin d'obtenir un témoignage contre un prévenu. Sous le Principat, le recours à la torture a été admis à l'encontre des citoyens accusés de crimes de lèse-majesté. Puis, au Bas-Empire, seuls les *honestiores*, c'est-à-dire les plus éminents citoyens, échappaient à la torture. Enfin, sous Constantin, en 314, les magistrats ne pouvaient y avoir recours que s'il existait des indices suffisants à l'encontre de la personne interrogée. A l'époque franque, le recours aux ordalies pouvait être assimilé à de la torture. L'un des principes du droit canon était la protection des personnes contre tout usage de la violence avant la condamnation. Mais, avec l'adaptation de la procédure afin de lutter contre l'hérésie aux XIIe et XIIIe siècles, le but devint l'obtention de l'aveu. Le législateur n'hésita alors pas à diminuer toutes les protections contre la violence qui existaient jusque là, telles que l'inadmissibilité de preuves obtenues par la violence ou la protection contre la torture et son renouvellement. Dès la seconde moitié du XIIIème siècle avec le développement de la théorie des preuves légales, la torture va peu à peu être reconnue par les textes régissant la procédure devant les juridictions royales ou

Malgré les réticences de certains magistrats, la question a été maintenue par l’Ordonnance de 1670¹. Si cette ordonnance réglementait la question, elle n’en précisait pas les modalités. Aussi, de nombreuses critiques furent formulées à la suite de l’évolution de la morale sociale des Lumières².

745. Parmi les premières critiques, La Bruyère³ estimait que « la question est une invention merveilleuse et tout à fait sûre, pour perdre un innocent qui a la complexion faible, et sauver un coupable qui est né robuste »⁴. Ces critiques restèrent dans un premier temps assez minoritaires, puisque « dans le public comme dans la doctrine et chez les juges, la crainte des désordres et l’horreur du crime l’emport[ai]ent largement sur toute autre considération »⁵. Avec le développement de l’influence de la philosophie des Lumières, la procédure criminelle et, en particulier, le recours à la torture ont de plus en plus été remis en cause. Cette philosophie était caractérisée par la volonté de protéger avant tout l’individu contre l’arbitraire du pouvoir étatique. Ainsi, certains auteurs, tels que Beccaria et Voltaire, dénoncèrent la cruauté, voir la barbarie que constituait le recours à la torture⁶. Voltaire estimait que l’utilisation de la torture était indigne d’une Société se prétendant civilisée comme la France⁷.

seigneuriales. Elle n’était possible qu’en présence d’indices rendant très vraisemblable, et même quasi certaine, la culpabilité de la personne interrogée, et uniquement pour les crimes capitaux, c’est-à-dire punis d’une peine corporelle. En cas d’abus les magistrats engageaient leur responsabilité et étaient sévèrement sanctionnés par le Parlement. L’Ordonnance criminelle de Blois de 1498 exigeait que les aveux obtenus par la question soient renouvelés devant le tribunal sans contrainte. A défaut d’une telle réitération, l’individu devait être relaxé.

¹ Selon celle-ci, la question pouvait être décidée par un jugement interlocutoire en présence de « preuves considérables contre l’accusé » et si l’infraction était un crime puni de la peine de mort. Ce jugement devait être confirmé par le Parlement. L’ordonnance distinguait la question préparatoire et la question préalable. Le but de la question préparatoire était d’obtenir l’aveu de la personne. La question préalable était ordonnée par le jugement de condamnation. Son but était d’obtenir avant l’exécution du condamné des renseignements sur ses éventuels complices. Un exemple peut être relevé dans l’affaire Calas. Voir VOLTAIRE, *L’affaire Calas*, Folio, 1998, p. 64 et 80 notamment. Si le juge obtenait l’aveu de la personne, la peine de mort pouvait être prononcée. En l’absence d’aveu, les indices ayant permis le recours à la question pouvaient justifier une condamnation à une peine inférieure. Pour l’ensemble de cette évolution voir notamment WALLENBURGER (C.), « A propos de la torture », *RSC* 1949 p. 132 à 133 ; CARBASSE (J.M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental Classiques, 2^e édition refondue, 2006, 486 pages ; ASTAING (A.), *Droits et garanties de l’accusé dans le procès criminel d’Ancien Régime (XVI^eème – XVIII^eème siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, PUAM, 1999, n°560 à 598 ; ESMEIN (A.), *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu’à nos jours*, L. Larose et Forcel libraires éditeurs, 1882, 596 pages ; GIRARD (C.), *Culpabilité et silence en droit comparé*, L’Harmattan, coll. Logique juridiques, 1997, p. 33 à 38.

² TOURET (D.), *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit : la biologique du droit*, Litec, 2^e édition revue et augmentée, 2003, en particulier n°543.

³ Il faut souligner qu’avant La Bruyère, environ à la même époque que Montaigne, des critiques avaient déjà été émises par un auteur qui a été oublié mais qui présentait des arguments similaires à ceux invoqués par le philosophes des Lumières. Voir MELLOR (A.), «Un chef-d’œuvre méconnu : le « Tribunal reformatum » de Grevius (1624) », *RSC* 1949 p. 725 à 736.

⁴ LA BRUYERE, *Les caractères*, XIV 51 [IV].

⁵ CARBASSE (J.M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental Classiques, 2^e édition refondue, 2006, n°209.

⁶ BECCARIA, *Des délits et des peines*, §XVI.

⁷ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, « Torture ».

746. Les arguments. Les philosophes des Lumières ont tous fondé leur critique de la torture sur quatre séries d'arguments.

Tout d'abord, la torture, ayant pour origine, notamment, la confession exigée par l'Eglise, devait, à ce titre, être supprimée. La religion ne devait pas interférer dans la justice des hommes¹.

Ensuite, la torture était jugée contraire à la présomption d'innocence considérée alors comme une règle de preuve².

Les philosophes des Lumières invoquaient, également, des arguments historiques et de « droit comparé ». Ainsi, ils soulignaient que les Romains, « barbares eux aussi à plus d'un titre », selon l'auteur *Des Délits et de Peines*, n'utilisaient la torture qu'à l'égard des esclaves qui « n'étaient pas comptés pour des hommes »³. Tous rappelaient que l'Angleterre, « nation où la gloire des lettres, la supériorité du commerce et des richesses et, par là, de la puissance, les exemples de vertu et de courage qu'elle donne, ne laissent pas douter de l'excellence des lois »⁴, n'avait pas recours à la question. Voltaire souligna que Catherine II de Russie avait aboli la torture en 1769, alors que « les Russes passaient pour des barbares en 1700 »⁵. Cette première série d'arguments était ainsi fondée sur la protection de la liberté individuelle.

Enfin, tous arguaient que la torture était contraire à la nature humaine. Ainsi, reprenant l'argument de La Bruyère, Beccaria estimait que « l'innocent se déclarera coupable s'il est sensible et qu'il pense faire cesser par là ses tourments »⁶. « La douleur suggérera à l'homme robuste un silence obstiné, lui permettant d'échanger la peine la plus grave contre une plus légère ; au faible elle suggérera un aveu qui le libérera du supplice qui, momentanément, a plus d'action sur son esprit que les souffrances à venir »⁷. Apparaît ici le futur fondement de l'interdiction de la torture. Il s'agit de la protection de l'intégrité physique composante de la dignité au sens strict.

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome II, chapitre XII. Dans le même sens voir BECCARIA, *Des délits et des peines*, §XVI.

² BECCARIA, *op. cit.*, §XVI ; VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des Délits et des Peines (de Beccaria) par un avocat de province*, §XII.

³ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, « Torture ».

⁴ BECCARIA, *op. cit.*, §XVI. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome I, chapitre XVII ; VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des Délits et des Peines (de Beccaria) par un avocat de province*, §XII. Voir aussi pour une analyse du point de vue de Beccaria, CATELAN (N.), *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2004, en particulier n°119 à 129.

⁵ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, « Torture ».

⁶ BECCARIA, *op. cit.*, §XVI.

⁷ BECCARIA, *op. cit.*, §XXXVIII.

747. Influencée par ces idées, la pratique abandonna d’elle-même peu à peu le recours à la question. Une déclaration royale du 24 août 1780 supprima la question préparatoire. Une autre déclaration, du 1^{er} mai 1788, abolit la question préalable. Cependant, les Parlements refusèrent d’enregistrer cette dernière déclaration¹. Il fallut donc attendre la Révolution française pour que la torture soit interdite. En son article 9, la Déclaration des droits de l’homme condamne implicitement tout recours à la torture sur le fondement de la protection de la liberté individuelle. La torture disparut alors en pratique. Même la Terreur n’y eut pas recours.

748. L’interdiction de la torture fut réitérée au XXe siècle. Elle acquit alors une véritable valeur juridique. Elle se détacha de la protection de la liberté individuelle.

2°/ Une valeur juridique

749. A la suite de la réapparition de la torture et des excès l’accompagnant au niveau mondial, les autorités étatiques du XXe siècle reconnurent la nécessité de la condamner internationalement. Le respect de la dignité physique a alors acquis une valeur juridique totalement autonome de la liberté individuelle.

750. Le « retour de la torture ». Ce n’est qu’à partir du début du XXème siècle que la torture fit sa réapparition. Diverses raisons furent invoquées. Il s’agit, en particulier, du besoin d’obtenir certains renseignements pendant la seconde guerre mondiale. Cela fut la justification de la légalisation allemande du « troisième degré ». « Il faut ajouter à ces raisons l’affreuse « dévaluation » de la condition humaine et du respect de la dignité de l’homme, qui n’est plus considéré dans son individualité d’être « créé à l’image de Dieu », mais en tant que pierre interchangeable et anonyme. [...] La torture, instrument de procédure criminelle, se transforme automatiquement en instrument de despotisme politique ». La torture a alors pour but l’aveu, non pour condamner la personne auteur d’une infraction, mais pour « prouver la légalité de l’accusation ou la justesse du principe : « qui est accusé est coupable ». [...] Toute la procédure

¹ CARBASSE (J.M CARBASSE (J.M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental Classiques, 2^e édition refondue, 2006, n°214 à 216.

trouvera dès lors son principe et sa fin dans l'aveu et l'auto-accusation, qui doivent être obtenus, et le sont en effet presque toujours »¹.

751. La condamnation de la torture. Après les atrocités de la seconde guerre mondiale, il est apparu important de rappeler cette interdiction de la torture et de lui donner une portée internationale.

Ainsi, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adoptés par les Nations Unies le 10 décembre 1948 et le 16 décembre 1966, interdisent la torture et les « traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Alors que la condamnation par les philosophes des Lumières de la torture était fondée principalement sur la protection de la liberté individuelle, le fondement de ces deux textes est le respect de la dignité humaine. L'article 10.1 du Pacte rappelle d'ailleurs que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ». L'homme étant membre de l'humanité, en aucun cas sa dignité ne doit être niée. Tout recours à la torture doit être condamné.

Certes, la Convention européenne des droits de l'homme ne contient aucune disposition reconnaissant de manière expresse le principe de dignité humaine. Toutefois, influencé par la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 3 de la Convention prohibe à son tour les tortures et peines ou traitements inhumains ou dégradants. Afin de renforcer cette interdiction, les auteurs de la Convention ont précisé à l'alinéa 2 de l'article 15 qu'elle fait partie des quatre dispositions auxquelles il est interdit de déroger même en cas de guerre ou de danger pour l'ordre public². Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme « les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne »³ et ce, quel que soit le comportement de la victime de l'atteinte à la dignité, sauf à ce que ce dernier oblige à une certaine rigueur proportionnée⁴. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est ainsi absolue. Elle ne

¹ GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », RSC 1950 p. 313 à 357.

² Pour plus de détails sur la valeur de la CESDH et de son article 3 voir FOURTEAU (H.), *L'application de l'article 3 de la CESDH dans le droit interne des Etats membres L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, Tome 85, 1996, p. 17 à 41.

³ Notamment CEDH 4 décembre 1995, Ribitsch contre Autriche, Requête n° 18896/91, D. 1997 SC p. 202 note RENUCCI (J.F.) ; CEDH 6 avril 2000, Labita contre Italie, Requête n° 26772/95, RSC 2000 p. 667 note MASSIAS (F.).

⁴ Notamment CEDH 6 avril 2000, Labita contre Italie, Requête n° 26772/95 ; CEDH 26 octobre 2000, Kudla contre Pologne, Requête n° 30210/96, *Gaz. Pal.* 2001 JP p. 1494 note PETTTTI (C.).

peut être remise en cause au nom du maintien de l’ordre public et de la gravité de certaines infractions telles que le terrorisme¹. La protection de la dignité humaine et la valeur absolue accordée à celle-ci apparaît ici en filigrane. En effet, lors des travaux préparatoires de cette Convention, la dignité a été visée comme fondement de l’article 3. De plus, l’interdiction de la torture peut être considérée comme « le premier des droits » puisqu’il « garantit plus que tout autre la dignité fondamentale de l’être humain »². En réalité, craignant de limiter la portée de cet article par l’adoption d’une rédaction trop restrictive, les auteurs de la Convention ont préféré exclure toute référence expresse au principe de dignité, bien que celui-ci en soit le fondement implicite³.

A son tour, la Charte européenne des droits de l’homme pose l’interdiction absolue de la torture en son article 4. Ce dernier n’est que l’application du principe posé par l’article 1^{er} selon lequel « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ». La Charte renvoie pour les droits qui sont une reprise de la Convention européenne des droits de l’homme à la portée donnée par cette dernière⁴.

752. On ne peut qu’être frappé par cette accumulation des textes internationaux condamnant de manière absolue le recours à la torture⁵ depuis la seconde moitié du XXe siècle. Cela peut s’expliquer par une volonté d’empêcher toute réitération des excès de la seconde guerre mondiale. Il s’agit alors d’une condamnation morale de la torture. D’ailleurs, certains de ces textes, tels que la Déclaration universelle des droits de l’homme, n’ont qu’une simple valeur morale. Cependant, sur le plan juridique, cette accumulation peut s’expliquer par le lien désormais fait entre l’interdiction de la torture et le principe de respect de la dignité humaine. Ce dernier n’a, en effet, été juridiquement reconnu qu’après la seconde guerre mondiale. A une condamnation morale de la torture s’ajoute une condamnation juridique dont le recours individuel mis en place par la Convention européenne des droits de l’homme ainsi que la création du Comité de prévention de la torture sont des corollaires. En effet, la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987 a mis en place un contrôle exercé par le Comité européen de prévention de la torture. Celui-ci peut procéder à des visites dans les différents Etats parties de « tout lieu relevant de sa juridiction où

¹ CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, Requête n° 5310/71.

² MAURER (B.), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, p. 265.

³ *Ibid.*, p. 67 à 70 notamment.

⁴ Article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne.

⁵ Note MAYER (D.), relative à la publication d’Amnesty international « La torture instrument de pouvoir, fléau à combattre » de 1984, RSC 1984 p. 865 à 868.

des personnes sont privées de liberté par une autorité publique » en vertu de l'article 2. A la suite de ses visites, le Comité établit un rapport et suggère certaines modifications à l'Etat visité. Si l'Etat en question ne coopère pas ou refuse d'améliorer la situation, le Comité peut décider de faire une déclaration publique.

753. En droit interne, le Conseil constitutionnel a, à son tour, reconnu une valeur constitutionnelle à la dignité humaine. Se fondant sur le préambule de la Constitution de 1946, il estime que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre des droits inaliénables et sacrés de tout être humain et constitue un principe à valeur constitutionnelle¹. Cette valeur a été rappelée dans la décision du 30 juillet 2010. Dans cette dernière, le Conseil constitutionnel, statuant sur la garde à vue, estime « qu'il appartient aux autorités judiciaires et aux autorités de police judiciaire compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne ; qu'il appartient, en outre, aux autorités judiciaires compétentes, dans le cadre des pouvoirs qui leur sont reconnus par le Code de procédure pénale et, le cas échéant, sur le fondement des infractions pénales prévues à cette fin, de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne gardée à vue et d'ordonner la réparation des préjudices subis »². Après la loi du 15 juin 2000³, ayant consacré le principe de dignité dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009⁴ a affirmé en son article 22 que « l'administration pénitentiaire garantit à toute personne le respect de sa dignité ». La dignité a ainsi acquis une véritable valeur juridique en droit interne.

754. Si le fondement de l'interdiction de la torture n'est désormais plus le même, les textes postérieurs à la seconde guerre mondiale diffèrent également de la philosophie des Lumières et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par les comportements visés.

B- Une nouvelle portée

¹ Cons. Const. Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994 Loi relative au respect du corps humain et Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

² Cons. Const. Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, §19 et 20.

³ Préc..

⁴ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 portant loi pénitentiaire.

755. Le changement de valeur accordée à la dignité au sens strict a conduit à une modification de la portée de ce principe. En effet, si les tortures sont toujours interdites, afin d’assurer l’effectivité de la dignité au sens strict, les traitements inhumains ou dégradants le sont également. Cette extension se retrouve tant en droit européen (1°) qu’en droit interne (2°).

1°/ En droit européen

756. Lorsqu’elle est saisie d’une éventuelle violation de l’article 3, la Cour européenne des droits de l’homme a mis en place une méthode mettant en exergue une gradation entre torture, traitement inhumain et traitement dégradant. Cette gradation semble peu à peu également être retenue au niveau de l’élément moral requis.

757. Les traitements inhumains ou dégradants. Alors que les auteurs du XVIIIe siècle condamnaient uniquement la torture, les textes du XXe siècle, notamment la Convention européenne des droits de l’homme, visent la torture mais également les traitements ou peines inhumains ou dégradants. Il convient de déterminer la portée de cette nouvelle présentation. Est-ce une simple différence de rédaction destinée à englober toutes les situations possibles ou les auteurs du XXe siècle ont-ils souhaité introduire divers degrés parmi les atteintes à la dignité ? Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, il apparaît clairement qu’il existe bien une gradation des atteintes à la dignité au regard des souffrances infligées. Les textes internationaux posent désormais trois échelons parmi les atteintes à la dignité. De bas en haut de cette échelle, on trouve les traitements dégradants, puis les traitements inhumains, et enfin la torture.

758. L’arrêt Frérot contre France du 12 juin 2007 illustre parfaitement la méthode mise au point au fil des années par la Cour européenne des droits de l’homme. La Cour commence par rappeler que « pour tomber sous le coup de l’article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité ». Elle admet que certaines mesures provoquent, par définition, souffrance et humiliation. Il existe une atteinte à la dignité dès lors que cette souffrance et cette humiliation excèdent « le niveau inévitable ». Elle énumère, ensuite, les critères d’appréciation *in concreto* de cette gravité. Il s’agit notamment de « la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l’âge, de l’état de santé de la victime, etc. ». La Cour était, en l’espèce, saisie de la conformité avec l’article 3 de fouilles corporelles pratiquées régulièrement

sur un détenu, notamment à la maison d'arrêt de Fresnes, pendant deux ans. La Cour va reprendre en détail le déroulement de ces fouilles prescrit par la circulaire du 14 mars 1986 et l'article D.275 du Code de procédure pénale. Ces dispositions avaient été respectées en l'espèce. A leur regard, la Cour souligne qu'elle comprend le sentiment d'être atteint dans sa dignité du requérant, mais elle juge les modalités globalement adéquates. Cependant, la Cour rappelle aussitôt que le fait que toutes les conditions posées par les textes aient été respectées n'implique pas automatiquement l'absence de violation de l'article 3. En effet, l'appréciation du degré de souffrances infligées ne se fait pas *in abstracto* mais *in concreto*. Pourtant, « en l'espèce, ne sont connus avec précision ni la fréquence des fouilles subies par le requérant (fouilles par palpation et fouilles intégrales confondues), ni la proportion de fouilles intégrales, ni le nombre de celles à l'occasion desquelles il lui fut ordonné « de se pencher et de tousser ». Cependant, il ressort des textes pertinents que la fréquence des fouilles subies par les détenus (fouilles par palpation et fouilles intégrales confondues) est en principe importante. [...] Il apparaît ainsi qu'au cours de la privation de liberté qu'il subit, tout détenu est susceptible de faire fréquemment l'objet de fouilles intégrales. Par ailleurs, il résulte du texte même de la circulaire précitée que les « détenus spécialement signalés », tel le requérant, sont plus exposés encore à ce type de fouilles. Ces éléments confirment les dires du requérant selon lesquels il a été souvent l'objet de fouilles intégrales. Cependant, comme le souligne le Gouvernement, on ne saurait voir là une « routine » comparable à celle condamnée par la Cour dans les affaires Van der Ven et Lorsé précitées, dans lesquelles les requérants avaient été systématiquement, une fois par semaine, soumis à une fouille intégrale incluant chaque fois une inspection rectale. En l'espèce, les fouilles intégrales ont été imposées au requérant dans le contexte d'événements caractérisant leur nécessité quant à la sécurité ou la prévention des infractions pénales. En effet, elles sont intervenues soit avant son placement en cellule disciplinaire, dans le but de s'assurer qu'il ne dissimulait pas sur lui des choses avec lesquelles il aurait pu porter atteinte à son intégrité corporelle, soit après qu'il ait été en contact avec l'extérieur ou d'autres détenus, c'est-à-dire en situation de se voir remettre des objets ou substances prohibés. Par ailleurs, elles n'incluaient pas une inspection anale systématique. La Cour est en revanche frappée par le fait que, d'un lieu de détention à un autre, les modalités les plus intrusives dans l'intimité corporelle ont été appliquées de manière variable au requérant ». Il apparaît que, dans l'un des établissements où a été détenu le requérant, des fouilles anales étaient pratiquées de manière systématique après chaque parloir. La Cour comprend en conséquence que les détenus concernés, tel le requérant, aient le sentiment d'être de la sorte victimes de mesures arbitraires. Elle conçoit que « ce sentiment soit accentué par le fait

que le régime de la fouille des détenus en général, et des fouilles intégrales en particulier, d’une part est pour l’essentiel organisé par une instruction émanant de l’administration elle-même – la circulaire du 14 mars 1986 –, et d’autre part laisse au chef d’établissement un large pouvoir d’appréciation. [...] De surcroît, l’humiliation ressentie par le requérant a été accentuée par le fait que ses refus de se plier à ces mesures lui ont valu, à plusieurs reprises, d’être sanctionné par des placements en cellule disciplinaire ». La Cour en déduit qu’il y a eu violation de l’article 3 en raison des fouilles subies dans cet établissement. Elle estime qu’il s’agit d’un traitement dégradant, mais elle considère « en revanche que le seuil de gravité requis n’est pas atteint en l’espèce pour qu’il y ait traitement « inhumain » », l’intérêt de sécurité étant extrêmement important en l’espèce¹. De même, la multiplication des transferts d’un établissement à l’autre, le maintien prolongé à l’isolement malgré la dégradation de l’état physique et psychologique du détenu ainsi que des fouilles corporelles intégrales régulières et multiples constituent pour la Cour « par leur effet combiné et répétitif » un traitement inhumain et dégradant².

759. En outre, la Cour européenne des droits de l’homme a considéré dans l’arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* que les techniques d’interrogatoire utilisées avaient entraîné « sinon de véritables lésions, du moins de vives souffrances physiques et morales ; elles ont entraîné de surcroît chez eux des troubles psychiques aigus en cours d’interrogatoire. Partant, elles s’analysaient en un traitement inhumain au sens de l’article 3 (art. 3) »³.

760. Ainsi, il semble qu’un sentiment de peur et d’humiliation important, prolongé dans le temps, permette de caractériser un traitement dégradant. Le traitement inhumain, quant à lui, suppose de vives souffrances physiques et morales, voire des troubles psychiques. Les tortures, quant à elles, supposent un degré supérieur de souffrance.

761. Les tortures. Si au regard des données factuelles, les actes peuvent être qualifiés de traitements inhumains, la Cour va ensuite systématiquement vérifier si elle peut ou non retenir la

¹ CEDH 12 juin 2007, *Frérot contre France*, Requête n° 70204/01, §34 à 48. Voir pour une condamnation en l’absence de proportionnalité entre le caractère intrusif des fouilles pratiquées et l’intérêt de sécurité les justifiant CEDH 20 janvier 2011, *El Shennawy contre France*, Requête n°51246/08, Rev. Pénit. 2011 Chr. BEAUVAIS (P.) p. 187.

² CEDH 9 juillet 2009, *Khider contre France*, Requête n° 39364/05 ; *Dr. Pén.* 2009 Comm. n°129 note MARON (A.) et HAAS (M.) ; *AJ pén.* 2009 p. 372 obs. HERZOG-EVANS (M.).

³ CEDH 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, Requête n° 5310/71, §167.

qualification de torture. En effet, dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la distinction entre torture et traitements inhumains ou dégradants « procède principalement d'une différence dans l'intensité des souffrances infligées » et que la Convention « en distinguant la "torture" des "traitements inhumains ou dégradants", a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances ». Afin de renforcer son analyse la Cour européenne des droits de l'homme se fonde d'ailleurs sur l'article 1^{er} de la résolution 3452 (XXX), adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 9 décembre 1975, selon lequel « la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants »¹. A titre d'exemple, dans l'arrêt Selmouni contre France², après avoir constaté que les actes dénoncés avaient bien un caractère inhumain et dégradant, la Cour européenne des droits de l'homme s'interroge sur le point de savoir si les douleurs et souffrances infligées peuvent ou non être qualifiées d'aiguës. En l'espèce, la Cour a considéré que « les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances « aiguës » et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel ». Selon la Cour de tels agissements doivent donc être qualifiés de torture au sens de l'article 3 de la Convention.

762. Toutefois, une telle gradation n'est pas limitée à la seule appréciation de la souffrance infligée. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme établit également une distinction entre tortures et traitements inhumains ou dégradants au niveau de l'intention requise de la part de l'auteur des faits dénoncés.

763. L'intention de l'auteur des faits. Certes, ni les notions d'élément matériel et moral, ni de comportement intentionnel, non-intentionnel ou de délit matériel ne sont retenues par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, ces distinctions semblent pouvoir s'appliquer au raisonnement des juges européens. En effet, dans un premier temps lorsqu'elle retenait l'existence d'un traitement inhumain ou dégradant, la Cour européenne des droits de l'homme s'assurait toujours que le comportement des autorités était intentionnel comme il est possible de le voir à la

¹ CEDH 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, Requête n° 5310/71.

² CEDH 28 juillet 1999, Selmouni contre France, Requête n° 25803/94.

lecture de l’arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*¹. Pendant longtemps, elle a retenu cette condition pour que le comportement sanctionné soit qualifié de tortures ou de simple traitement inhumain ou dégradant. En matière de torture, la Cour semblait même exiger un dol spécial, puisqu’elle vérifiait le but poursuivi par les autorités dénoncées². Par exemple, dans l’arrêt *Magee contre Royaume-Uni* du 6 juin 2000, la Cour a relevé que les conditions de détention avaient pour but d’exercer une pression psychologique et de briser la résolution de l’intéressé de garder le silence³. Ce raisonnement de la Cour européenne des droits de l’homme fait, d’ailleurs, écho à la définition de la torture adoptée par l’ONU. En effet, l’article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, reprenant le texte de la résolution 3452 adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975⁴ définit la torture comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d’obtenir d’elle ou d’une tierce personne des renseignements ou des aveux [...] lorsqu’une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Néanmoins, le raisonnement de la Cour européenne des droits de l’homme semble avoir évolué.

764. En 1997, dans l’affaire *D. contre Royaume-Uni* relative à l’expulsion d’un malade du SIDA, la Cour européenne des droits de l’homme a estimé que si, jusque là, l’application de l’article 3 avait lieu dans des affaires où « le risque que la personne soit soumise à l’un quelconque des traitements interdits découlait d’actes intentionnels des autorités publiques du pays de destination ou de ceux d’organismes indépendants de l’Etat contre lesquels les autorités n’étaient pas en mesure de lui offrir une protection appropriée [...] compte tenu de l’importance fondamentale de l’article 3 (art. 3) dans le système de la Convention, la Cour doit se réserver une souplesse suffisante pour traiter de l’application de cet article (art. 3) dans les autres situations susceptibles de se présenter. Il ne lui est donc pas interdit d’examiner le grief d’un requérant au titre de l’article 3 (art. 3) lorsque le risque que celui-ci subisse des traitements interdits dans le pays de destination provient de facteurs qui ne peuvent engager, directement ou non, la responsabilité des autorités publiques de ce pays ou qui, pris isolément, n’enfreignent pas par eux-mêmes les

¹ CEDH 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, Requête n°5310/71.

² Chr. Massias (F.) sur CEDH 6 avril 2000, *Labita contre Italie*, Requête n°26772/95, *RSC* 2000 p. 667 à 685.

³ TULKENS (F.), *RSC* 2001 Chr. p. 881 à 890.

⁴ Voir sur les travaux des Nations Unies sur ce point *RIDP* 1977 n°3 et 4 « La prévention et la suppression de la torture », numéro spécial consacré aux travaux du Comité international des experts sur la torture réuni à l’Institut supérieur de science criminelle de Syracuse du 16 au 18 décembre 1977.

normes de cet article (art. 3). Restreindre ainsi le champ d'application de l'article 3 (art. 3) reviendrait à en atténuer le caractère absolu. Cependant, dans ce type de contexte, la Cour doit soumettre à un examen rigoureux toutes les circonstances de l'affaire, notamment la situation personnelle du requérant dans l'Etat qui expulse»¹. La Cour semble ainsi estimer que la constitution des traitements inhumains ou dégradants ne comprend pas nécessairement un élément moral, leur seule matérialité suffisant. D'ailleurs, un arrêt plus récent de la Cour européenne des droits de l'homme semble confirmer cette analyse. En effet, dans un arrêt du 10 mars 2009 une violation de l'article 3 sur le plan matériel est retenue en raison des blessures subies par un gardé à vue sans qu'aucune référence à l'élément moral des autorités ne soit faite². La Cour renforce ainsi la protection de la dignité physique tout en soulignant encore plus la distinction entre torture et traitement inhumain ou dégradant.

765. Au regard de cette jurisprudence, il semble, par conséquent, qu'un comportement provoquant des souffrances graves à une personne pourra être qualifié de traitement inhumain ou dégradant par la Cour européenne des droits de l'homme quelle que soit l'intention de son auteur même si le comportement n'est pas intentionnel. En revanche, seul un acte ayant provoqué des souffrances encore plus importantes et accompli dans un certain but, pourra être qualifié de torture.

766. Cette gradation des comportements interdits se retrouve aussi en droit interne.

2°/ En droit interne

767. Le droit interne distingue les tortures et les violences en fonction de la gravité des souffrances infligées et de l'intention de l'auteur.

768. Les tortures. L'adoption du Code pénal, en 1992, a été l'occasion pour le législateur interne d'incriminer de manière autonome les tortures et actes de barbarie. En effet, sous l'empire de l'ancien Code pénal, ces actes ne constituaient qu'une circonstance aggravante de certains

¹ CEDH 2 mai 1997, D. contre Royaume-Uni, Requête n°30240/96, §49.

² CEDH 10 mars 2009, Turan Cakir contre Belgique, Requête n° 44256/06.

crimes et délits. Influencé par les textes internationaux, le législateur français a décidé que les tortures et actes de barbarie seraient désormais incriminés à un double titre. Depuis le 1^{er} mars 1994, si les tortures et actes de barbarie constituent toujours une circonstance aggravante de certaines infractions telles que la séquestration, ils sont également sanctionnés à titre principal. L’article 222-1 du Code pénal dispose que « le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle ». Par cette incrimination des tortures à titre autonome, le législateur a renforcé la protection de la dignité humaine, puisque, désormais, cette infraction peut être retenue également lorsque la privation de liberté est parfaitement légale. Toutefois, le droit interne ne donne pas plus de définition de ces actes que la Convention européenne des droits de l’homme.

769. Face au silence du texte d’incrimination, les juges internes ont, par conséquent, été amenés à établir certains critères de définition de ces actes. Ainsi, la Chambre d’accusation de la Cour d’appel de Lyon a estimé, dans un arrêt du 19 janvier 1996, que les tortures ou actes de barbarie supposent, au niveau matériel, la commission d’un ou plusieurs actes « d’une gravité exceptionnelle qui dépassent de simples violences et occasionnent à la victime une douleur ou une souffrance aiguë », ainsi que la volonté de nier dans la victime la dignité de la personne humaine¹. Une telle définition, inspirée des critères internationaux, renvoie à une appréciation *in concreto* de la souffrance infligée à la victime. Quant à l’élément moral, au regard de cette décision, il semble qu’il s’agisse d’un dol spécial, l’auteur de tortures ayant eu la volonté de nier la dignité. Cependant, certains auteurs, tels que Monsieur Conte, refusent l’exigence d’un tel dol, souhaitant ainsi renforcer la protection de la dignité humaine². La distinction entre tortures et simples violences serait alors uniquement fondée sur le degré de souffrances des individus laissé par définition à l’appréciation souveraine des juges du fond.

770. Les violences. Outre la qualification de torture et actes de barbarie, tout comportement violent de la part d’une autorité mettant en œuvre une mesure de contrainte pourra être sanctionné sur le fondement des atteintes intentionnelles à l’intégrité avec la circonstance aggravante tirée de leur qualité de dépositaire de l’ordre public. Dans l’affaire Selmouni contre France, les faits ayant eu lieu en novembre 1991, seule la qualification de violences volontaires

¹ Lyon 19 janvier 1996, *D.* 1996 p. 258 note COSTE (F.L.).

² CONTE (P.), *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 3^e édition, 2007, n°209.

pouvait être retenue. Le plaignant a d'ailleurs porté plainte sur ce fondement le 1^{er} février 1993. Le raisonnement de la Cour d'appel, en l'espèce est intéressant à relever. En effet, confirmant la condamnation prononcée en première instance, la Cour d'appel de Versailles déduit des contradictions et fausses explications des policiers l'existence des brutalités¹. La Cour d'appel pose ainsi une présomption quant à l'existence de l'acte positif constitutif du comportement sanctionné au titre des violences volontaires. Depuis la création de l'infraction autonome de tortures, les traitements inhumains ou dégradants semblent pouvoir être incriminés sur le fondement des simples violences. Ainsi, alors que le tribunal administratif de Lyon a considéré que le fait de soumettre une enfant à l'excision constitue un traitement inhumain et dégradant en raison des souffrances intenses qu'elle génère², la Chambre criminelle de la Cour de cassation, quant à elle, retient le délit de violences volontaires avec mutilation³.

771. Si aucune difficulté de qualification ne se pose en cas de brutalités physiques, une question peut toutefois se poser. En effet, les traitements dégradants peuvent résulter, selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'actes entraînant un sentiment d'humiliation. Cela ne semble pas correspondre à la définition stricte des violences. Cependant, depuis la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence a étendu la qualification de violences aux simples voies de fait dès lors qu'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique est constatée. Les voies de fait sont définies comme tout acte n'impliquant aucun contact entre l'agresseur et la victime mais de nature à impressionner fortement cette dernière et de lui causer un choc émotionnel ou un trouble

¹ La Cour d'appel retient, en effet, que « dans l'absolu la parole d'un policier, *a fortiori* celle d'un officier de police judiciaire est plus crédible que celle d'un trafiquant de drogue ; que toutefois ce postulat est fragilisé, voire ébranlé, lorsque les déclarations des délinquants sont confortées par des éléments extérieurs tels que des constatations médicales ; qu'il est encore plus fortement remis en question lorsque les explications des policiers connaissent des variations significatives au fil de la procédure ; qu'enfin le préjugé favorable dont bénéficient ces derniers est anéanti s'il est démontré, comme en l'espèce, que les procès-verbaux rédigés ne reflètent pas la vérité ; [...] que les policiers du SDPJ 93 et notamment Jean-Bernard Hervé ont admis à la barre que plusieurs procès-verbaux établis lors de la garde à vue de Selmouni et Madi portaient des mentions inexactes tant au niveau des horaires que de l'identité des rédacteurs ; qu'aucune explication logique n'a été donnée à ce sujet de nature à entraîner l'adhésion de la Cour ; [...] Considérant que l'absence totale de fiabilité des actes établis par les enquêteurs s'avère gravissime dans la mesure où l'ensemble du fonctionnement de la justice pénale repose sur la confiance pouvant être accordée aux procès-verbaux des officiers et agents de police judiciaire ; Considérant, au vu de l'ensemble de ces éléments, que les brutalités reprochées aux prévenus sont caractérisées et que c'est à juste titre que les premiers juges ont estimé qu'ils n'avaient fait que masquer dans la procédure la réalité de leurs agissements [...] ». La Cour en déduit que « les faits dont les prévenus se sont rendus coupables revêtent une exceptionnelle gravité, ce qui exclut qu'ils puissent bénéficier des dispositions de la loi d'amnistie du 3 août 1995 ; qu'il y a lieu de les considérer comme des traitements particulièrement dégradants ; qu'ayant été commis par des fonctionnaires d'autorité, chargés de faire respecter la loi républicaine, ils doivent être réprimés sans faiblesse, un tel comportement ne pouvant trouver de justification et ce, quels que soient la personnalité des délinquants mis à leur disposition et leur degré de perversion et de dangerosité ».

² Trib. Adm. Lyon 12 juin 1996, *JCP* 1997 I 3996 obs. FULCHIRON (H.), *D.* 1998 SC p. 16 obs. JULIEN-LAFERRIERE (F.) et p. 304 obs. VASSEUR (F.).

³ Crim. 20 août 1983, *Bull.* n°229 ; Crim. 9 mai 1990, *RSC* 1991 p. 565 obs. LEVASSEUR (G.).

psychologique. Les actes humiliants sans coups peuvent dès lors également être qualifiés de violences.

772. Quant à l’élément moral, « l’acte de violence doit être intentionnel, c’est-à-dire conçu et exercé avec la conscience de sa brutalité et de son danger à l’égard des personnes, et la volonté cependant de le commettre »¹. Il s’agit dès lors d’un simple dol général². En outre, peu importe que l’auteur de l’acte n’ait pas voulu causer le dommage qui en est résulté³.

773. La reconnaissance juridique de la dignité humaine au sens strict a conduit à un élargissement de la portée de l’interdiction issue de la philosophie des Lumières. Ce principe change ainsi complètement de physionomie. Il n’est pas simplement réitéré. Il est entièrement renouvelé. Cette étude générale de la dignité était nécessaire pour comprendre l’influence que peut avoir le cadre des mesures de contrainte probatoire quant à l’application de ce principe. En effet, le cadre des mesures de contrainte fait l’objet d’une attention particulière.

§2- Une sanction renforcée dans le cadre de la contrainte

774. Lors de l’appréciation d’atteintes éventuelles à la dignité physique, la mise en œuvre d’une mesure de contrainte constitue un contexte suspect. Aussi, la Cour européenne des droits de l’homme procède-t-elle à une appréciation plus souple (A). Le droit interne, quant à lui, adapte la répression en raison du contexte de contrainte (B).

A- Une appréciation européenne assouplie des atteintes à la dignité

¹ TGI Paris 8 mars 2000, *D.* 2000 p. 503 note BEIGNIER (B.).

² Voir pour l’exigence d’un dol spécial RASSAT (M.L.), *Droit pénal spécial Infractions des et contre les personnes*, Dalloz, coll. Précis, 5^e édition, 2006, n°291.

³ Crim. 3 janvier 1958, *Bull.* n°3 ; Crim. 15 mars 1977, *Bull.* n°69.

775. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme au cours de mesures de contrainte allège régulièrement la preuve du comportement des autorités (1°) et de la gravité des faits (2°).

1°/ Une preuve simplifiée du comportement des autorités

776. La Cour européenne des droits de l'homme allège régulièrement la charge de la preuve des atteintes à la dignité humaine en imposant aux autorités étatiques de diligenter une enquête et en présupposant le lien de causalité entre le comportement des autorités et les atteintes à l'intégrité physique constatées.

777. L'obligation de diligenter une enquête. La Cour européenne des droits de l'homme estime que les Etats ont l'obligation de faire procéder à une « enquête officielle effective » quand « un individu affirme de manière défendable avoir subi aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, des traitements contraires à l'article 3 »¹. La victime d'une atteinte à la dignité au cours de la mise en œuvre d'une mesure de contrainte n'a ainsi pas seule la charge de la preuve de ce qu'elle avance. Cette obligation peut être considérée comme la conséquence d'un droit de recours effectif. Dans l'affaire *Ilhan contre Turquie*², la Cour considère que « l'exigence découlant de l'article 13 de la Convention et en vertu de laquelle toute personne ayant un grief défendable de violation de l'article 3 doit disposer d'un recours effectif fournit généralement au requérant un redressement et les garanties procédurales nécessaires contre les abus pouvant être commis par des agents de l'Etat. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que la notion de recours effectif dans ce contexte inclut l'obligation de mener une enquête approfondie et effective propre à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête ». Cette obligation d'enquête a pour conséquence d'alléger la charge de la preuve des victimes d'atteinte à la dignité. Cette obligation imposée aux Etats membres du Conseil de l'Europe a, par conséquent, pour effet de renforcer la protection de la dignité des personnes soumises à une mesure de contrainte. D'ailleurs, la Cour européenne des

¹ Voir notamment CEDH 6 avril 2000, *Labita contre Italie*, Requête n° 26772/95, §131, *RTDH* 2001 p. 117 à 136 obs. *BEERNAERT* (M.A.), *RSC* 2000 p. 667 note *MASSIAS* (F.) ; CEDH 28 novembre 2000, *Rehbock contre Slovénie*, Requête n° 29462/95, *JDI* 2001 p. 201.

² CEDH 27 juin 2000, *Ilhan contre Turquie*, Requête n°22277/93, §92 et 93. Dans le même sens CEDH 21 décembre 2000, *Büyükdag contre Turquie*, Requête n°28340/95, §57 à 60.

droits de l’homme a considéré que le non-respect de cette obligation constitue en elle-même une violation de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme sans qu’il soit nécessaire de vérifier le respect de l’article 13¹. En effet, selon la Cour, en l’absence d’une telle procédure, l’interdiction générale posée par l’article 3 serait inefficace en pratique². De même, l’absence de diligence de la part des autorités au cours de cette enquête constitue une violation de l’article 3 sur le plan procédural. « Les autorités nationales ne doivent en aucun cas donner l’impression qu’elles sont disposées à laisser de tels traitements impunis »³.

778. Dès lors, la question de savoir s’il est approprié ou nécessaire, dans une affaire donnée, de constater une violation procédurale de l’article 3 dépend des circonstances particulières de l’espèce. Dans l’affaire *Ilhan*, la Cour a constaté que le requérant a été soumis à la torture par les forces de sécurité. Elle estime « qu’il convient d’examiner sous l’angle de l’article 13 de la Convention les griefs de l’intéressé concernant l’absence d’une enquête effective des autorités au sujet de l’origine de ses blessures »⁴. La Cour reprend le même raisonnement dans l’affaire *Büyükdag* contre Turquie, précisant qu’elle n’est pas liée par la qualification retenue par les requérants⁵. La Cour semble ainsi estimer que lorsqu’une violation matérielle de l’article 3 est constatée, l’obligation de diligenter une enquête relève de l’article 13. Les articles 3 et 13 sont alors complémentaires. En revanche, en l’absence de constat de violation matérielle de l’article 3, une simple violation procédurale de cette disposition est retenue. Toutefois, plus récemment, la Cour européenne des droits de l’homme a constaté dans le cadre de la même affaire à la fois une violation matérielle et une violation procédurale de l’article 3. Il est vrai que le requérant n’avait pas soulevé l’article 13 de la Convention européenne des droits de l’homme⁶. La question se pose dès lors de savoir si l’article 3 sera désormais le seul fondement. Du fait de la gravité des termes retenus, cela renforcerait la valeur accordée à la dignité humaine.

779. Un lien de causalité présumé. Quant à la preuve de l’existence d’un lien de causalité entre le comportement des autorités et les lésions constatées, la jurisprudence de la Cour

¹ CEDH 28 octobre 1998, *Assenov* contre Bulgarie, Requête n°24760/94, §101 à 106 ; CEDH 6 avril 2000, *Labita* contre Italie, Requête n° 26772/95, §130 à 136, *JCP* 2001 I 291 §8 Chr. SUDRE (F.).

² CEDH 28 octobre 1998, *Assenov* contre Bulgarie, Requête n°24760/94, §102.

³ CEDH 10 mars 2009, *Turan Cakir* contre Belgique, Requête n° 44256/06.

⁴ CEDH 27 juin 2000, *Ilhan* contre Turquie, Requête n°22277/93, §92 et 93.

⁵ CEDH 21 décembre 2000, *Büyükdag* contre Turquie, Requête n°28340/95, §57 à 60.

⁶ CEDH 10 mars 2009, *Turan Cakir* contre Belgique, Requête n°44256/06.

européenne des droits de l'homme semble quelque peu fluctuante. Selon l'arrêt Tomasi, c'était à l'Etat défendeur de prouver que les lésions avaient une autre cause que les brutalités policières invoquées. La Cour posait ainsi une présomption de causalité¹. Il semble que, par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme soit revenue à une conception plus traditionnelle. Ainsi, dans deux arrêts de 1997, la Cour a estimé que les requérants devaient apporter la preuve des faits reprochés à l'issue de la mesure de contrainte au-delà de tout doute raisonnable². Une troisième tendance, s'est manifestée dans les arrêts ultérieurs. Désormais, si les faits se sont déroulés au cours d'une garde-à-vue et que le requérant démontre l'existence de lésions à l'issue de celle-ci, l'Etat ne peut échapper à une condamnation que s'il fournit une explication plausible quant à l'origine des lésions constatées³. La Cour européenne des droits de l'homme met ainsi en place un système de présomption quant au lien de causalité lorsqu'une personne est placée en garde à vue.

780. Par conséquent, lorsqu'elle est saisie d'un recours sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre d'une garde à vue, la Cour européenne des droits de l'homme n'impose pas la charge de la preuve au requérant comme le veut le principe. Elle se contente des éléments à sa disposition et conclut à la violation de l'article 3 en l'absence de preuve ou d'explications contraires plausibles de la part de l'Etat. Les réticences de l'Etat peuvent être prises en compte par la Cour européenne des droits de l'homme en défaveur de celui-ci. Elle n'hésite pas à condamner sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme même si les actes reprochés n'ont pu être établis avec certitude, considérant que son appréciation n'est pas liée par celle des juridictions internes saisies des mêmes faits ni par celle de la Commission lorsque celle-ci existait encore. La Cour semble ainsi avoir voulu rééquilibrer les positions du requérant simple particulier et de l'Etat afin de rendre effective l'interdiction des atteintes à la dignité humaine dans le cadre des gardes à vue. A notre connaissance, elle limite ce raisonnement à cette seule mesure. Il est vrai que de nombreux obstacles peuvent empêcher la dénonciation de tels faits. Les autorités auprès desquelles celle-ci doit avoir lieu sont celles dont l'auteur des faits est membre. Cela peut

¹ CEDH 27 août 1992, Tomasi contre France, Requête n°12850/87. Dans le même sens CEDH 4 décembre 1995 Ribitsch contre Autriche, Requête n° 18896/91, *D.* 1997 SC p. 202 note RENUCCI (J.F.).

² CEDH 25 septembre 1997, Aydin contre Turquie, Requête n° 357 Kb 23178/94 ; CEDH 22 octobre 1997, Erdagöz contre Turquie, Requête n° 21890/93, *D.* 1998 SC p. 205 note RENUCCI (J.F.).

³ CEDH 1^{er} juillet 1999, Selmouni contre France, Requête n° 25803/94, *RTDH* 2000 p. 123 note LAMBERT (P.) ; CEDH 1^{er} mars 2001, Berktaç contre Turquie, Requête n° 22493/93, *JCP* 2001 I 342 n°2 note SUDRE (F.) ; CEDH 27 juin 2000, Salman contre Turquie, Requête n° 21986/93, §111 à 117 ; CEDH 10 mars 2009, Turan Cakir contre Belgique, Requête n°44256/06. La Cour adopte le même raisonnement lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'article 2 de la CESDH à la suite des blessures d'une personne placée en garde à vue et décédée au cours de celle-ci : CEDH 1^{er} juin 2006, Tais contre France, Requête n° 39922/03, *AJ pén.* 2006 p. 403 note SAAS (C.).

entraîner une certaine réticence des victimes. Par ailleurs, la victime risque d’être confrontée à des difficultés pour apporter la preuve des comportements qu’elle dénonce. En effet, si la preuve de séquelles ou de traces de coups peut assez facilement être apportée par l’établissement d’un certificat médical, encore faut-il établir que ces séquelles ou traces constatées sont bien la conséquence, par exemple, de violences infligées pendant une garde à vue. Dans ce cas, il s’agit bien souvent d’une confrontation entre la parole de la victime, suspecté d’une infraction, et de la parole des membres de la police judiciaire ou des établissements pénitentiaires¹.

781. Cette volonté d’alléger la charge de la preuve incombant au requérant afin d’assurer l’effectivité de la protection de sa dignité est également à l’origine d’une présomption quant à la gravité des faits.

2°/ Une gravité des faits présumée

782. Une présomption tirée du contexte. En principe les traitements doivent avoir une certaine gravité pour que la Cour européenne des droits de l’homme accepte de prononcer une condamnation sur le fondement de l’article 3. Cependant, la jurisprudence européenne est, sur ce point, très instable.

783. Ainsi, dans l’affaire Tomasi contre France du 27 août 1992, la Cour avait atténué ce critère traditionnel. Dans cet arrêt, la Cour semble estimer que, quelle que soit la gravité des traitements subis, tout usage de la violence à l’encontre d’une personne privée de sa liberté doit être sanctionné sur le fondement de l’article 3².

Par la suite, la Cour est revenue à sa jurisprudence antérieure exigeant un certain seuil de gravité pour pouvoir retenir une violation de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme³.

¹ Voir pour plus de précision sur ces difficultés FOURTEAU (H.), *L’application de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme dans le droit interne des Etats membres L’impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, *op. cit.*, p. 119 à 170 ; CEDH 25 septembre 1997, Aydin contre Turquie, Requête n° 23178/94, et surtout les opinions dissidentes, notamment RSC 1998 p. 381 note KOERING-JOULIN (R.).

² SUDRE (F.), « L’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme, du 27 août 1992, Tomasi contre France : mauvais traitements et délai raisonnable », RSC 1993 p. 33 à 43. Dans le même sens CEDH 4 décembre 1995, Ribitsch contre Autriche, Requête n° 18896/91, D. 1997 SC p. 202.

³ Voir TULKENS (F.), RSC 2001 Chr. p. 881 à 890 ; CEDH 16 décembre 1997, Raninen contre Finlande, Requête n° 20972/92, RSC 1998 p. 382 note KOERING-JOULIN (R.). Voir également pour une étude plus approfondie de

Néanmoins, dans son arrêt Selmouni contre France de 1999¹, la Cour semble encore une fois renoncer au critère du minimum de gravité. Plus exactement, elle pose une présomption de gravité au regard du contexte. En effet, dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'« en tout état de cause, à l'égard d'une personne privée de sa liberté, l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3. Certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. En effet, « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des Sociétés démocratiques »². Après avoir relevé en détail les actes auxquels Monsieur Selmouni a été soumis au cours de sa garde à vue, la Cour européenne des droits de l'homme en déduit qu'« outre la violence des faits décrits, la Cour ne peut que constater leur caractère odieux et humiliant pour toute personne, quel que soit son état [...] et que dans ces conditions, la Cour est convaincue que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances « aiguës » et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention »³. La Cour paraît, ainsi, présumer la gravité des faits lorsque la personne est placée en garde à vue. Il revient alors à l'Etat d'établir que les faits ne sont pas suffisamment graves pour caractériser des tortures ou de simples traitements inhumains ou dégradants. Elle semble avoir confirmé cette solution dans son arrêt Salman contre Turquie rendu le 27 juin 2000. En effet, après avoir posé une présomption désormais classique de lien de causalité, la Cour relève simplement qu'« eu égard à la nature et à la gravité des mauvais traitements (la falaka et un coup à la poitrine) et aux fortes présomptions pouvant être tirées des preuves que ces mauvais traitements ont été infligés à Agit Salman alors qu'il était interrogé sur son implication présumée dans les activités du PKK, la Cour estime qu'ils ont entraîné de fort graves et cruelles souffrances

la jurisprudence européenne sur ce point FOURTEAU (H.), *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 85, 1996, p. 49 à 77 ; SUDRE (F.), « L'article 3 », in sous la direction de sous la direction de PETTTI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 154 à 169.

¹ CEDH 28 juillet 1999, Selmouni contre France, Requête n° 25803/94, RTDH 2000 p. 123 à 146 note LAMBERT (P.).

² *Ibid.*, §101.

³ *Ibid.*

pouvant être qualifiées de tortures »¹, puis elle renvoie à l’arrêt Selmouni. Le fait que la personne soit interrogée par les services de police intervient donc dans l’appréciation de la gravité des faits pour déterminer si la qualification de tortures peut ou non être retenue.

En 2008, la Cour européenne des droits de l’homme semble, encore une fois, être revenue à une appréciation traditionnelle de la gravité des faits. Ainsi, dans l’arrêt Vasil Petrov contre Bulgarie rendu le 31 juillet 2008, « s’agissant de la qualification des mauvais traitements, la Cour relève que les violences subies par le requérant, le fait d’être menotté à un tuyau pendant des heures en position debout, de même que l’attitude insultante des policiers, ont indéniablement provoqué de vives souffrances physiques et morales et ont pu créer chez l’intéressé des sentiments de peur et d’angoisse. Il apparaît également que ces traitements ont été infligés en raison du refus de l’intéressé de donner des explications et à titre de sanction pour les faits qu’il était soupçonné avoir commis. La Cour note toutefois qu’il ne ressort pas des éléments présentés devant elle que les lésions causées au requérant auraient eu des conséquences durables sur sa santé. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le requérant a subi, aux mains des policiers, des traitements inhumains et dégradants d’une gravité considérable qui, s’ils ne peuvent être qualifiés de torture, constituent néanmoins une violation sérieuse des droits protégés par l’article 3 de la Convention »². Bien que l’individu se trouve en garde à vue, la Cour européenne des droits de l’homme procède à une appréciation de la gravité.

Cependant, en 2009, la Cour reprend sa formulation de l’arrêt Tomasi. En effet, elle souligne qu’« il convient de rappeler que tout usage de la force physique à l’encontre d’un individu qui n’est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de celui-ci constitue, en principe, une atteinte au droit garanti par l’article 3 »³. En revanche, dans un arrêt du 1^{er} juin 2010, la Cour européenne des droits de l’homme procède, de nouveau, à l’appréciation *in concreto* de la gravité des faits⁴. Il convient d’attendre de nouveaux arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme pour essayer de comprendre sa ligne de conduite.

784. Les justifications possibles. Cette présomption retenue par la Cour dans certains arrêts peut s’expliquer par la vulnérabilité de la personne placée en garde à vue, puisque, du fait de ce placement, la personne dépend entièrement des autorités policières. Une telle vulnérabilité

¹ CEDH 27 juin 2000 Aff. Salman contre Turquie, Requête n° 21986/93, §115.

² CEDH 31 juillet 2008, Vasil Petrov contre Bulgarie, Requête n° 57883/00, §71 et 72.

³ CEDH 10 mars 2009, Turan Cakir contre Belgique, Requête n° 44256/06.

⁴ CEDH 1^{er} juin 2010, Gäfgen contre Allemagne, Requête n° 22978/05.

pourrait rendre nécessaire une protection renforcée des personnes blessées au cours de cette mesure¹. C'est d'ailleurs ce que souligne la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 10 mars 2009². Une autre explication peut également être trouvée à l'existence de cette présomption. Il est, en effet, possible de penser que la Cour considère que de tels comportements de la part des autorités policières sont trop graves. Ce ne serait plus la vulnérabilité qui entraînerait une protection renforcée mais la qualité de l'auteur. L'une ou l'autre de ces explications semblent plausibles d'autant que cette évolution hésitante de la jurisprudence européenne est, encore une fois, limitée aux mesures de garde à vue et aux interrogatoires qui les accompagnent. En outre, pour certains auteurs, « les lois qui autorisent des mises au secret ou des gardes à vue prolongées sans contrôle extérieur devraient être pour tous les juristes synonymes de sonnettes d'alarme, parce qu'elles contiennent l'éventualité de la torture »³.

785. Les juridictions internes, liées par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, ne procèdent pas à un tel assouplissement de l'appréciation des faits. Toutefois, le législateur a aggravé la répression de ces comportements contraires à la dignité commis dans le cadre de la contrainte probatoire.

B- Une répression interne aggravée

786. L'aggravation de la répression se retrouve tant au niveau de la sanction encourue (1°) que de l'application restreinte des faits justificatifs (2°).

1°/ La sanction encourue

787. La qualité des auteurs des atteintes à la dignité au sens strict dans le cadre de la contrainte constitue une circonstance aggravante. De plus, à la responsabilité pénale s'ajoute une responsabilité disciplinaire.

¹ MAURER (B.), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 1999, p. 273 à 280.

² CEDH 10 mars 2009, Turan Cakir contre Belgique, Requête n° 44256/06.

³ MAYER (D.), « Réponse à ceux qui doutent des possibilités d'action contre la torture (à propos du colloque organisé le 19 janvier 1985 par la section française d'Amnesty International sur le thème « Isolement et torture ») », RSC 1985 p. 259 à 263.

788. Une circonstance aggravante. En matière de violences volontaires, les peines sont déterminées par le résultat de l’acte. Ainsi, en l’absence d’interruption temporaire de travail une simple contravention de cinquième classe sera retenue. Toutefois, en application de la circonstance aggravante tirée de la qualité de l’auteur, les violences commises dans le cadre des mesures de contrainte constituent systématiquement un délit voire un crime selon l’atteinte à l’intégrité physique constatée. De même, en matière de tortures et d’actes de barbarie, en vertu de l’article 222-3 du Code pénal, constitue une circonstance aggravante portant la peine à vingt ans de réclusion, le fait que l’auteur soit une personne dépositaire de l’autorité publique ou chargée d’une mission de service public dans l’exercice ou à l’occasion de l’exercice de ses fonctions ou de sa mission, ce qui est nécessairement le cas dans les hypothèses intéressant cette étude.

789. Pourtant, dans l’affaire Selmouni, la Cour d’appel semble relativiser la condamnation en estimant que « la gravité de ces faits est toutefois sans commune mesure avec celle qui aurait été la leur si les sévices sexuels avaient été caractérisés et retenus ; que par ailleurs, ils n’apparaissent pas avoir été le résultat d’une concertation préalable organisée ; qu’au vu de leur participation respective, de l’absence d’antécédents, et des dossiers administratifs des prévenus, la Cour estime devoir réduire de manière conséquente le quantum des peines d’emprisonnement, comme indiqué au dispositif [...] en assortissant ces peines d’un sursis simple, de manière partielle seulement pour ce qui concerne Hervé dont la responsabilité apparaît plus importante, eu égard à sa qualité de chef ». En conséquence, les auteurs de ces actes ne sont condamnés pour violences volontaires ayant entraîné une ITT de plus de 8 jours par « des fonctionnaires de police à l’occasion de l’exercice de leurs fonctions et sans motif légitime » respectivement qu’à dix-huit mois d’emprisonnement dont quinze mois avec sursis, quinze mois d’emprisonnement avec sursis et douze mois d’emprisonnement avec sursis. La qualification et la peine retenues paraissent somme toute relativement peu élevées alors que la Cour européenne des droits de l’homme a considéré que ces faits avaient infligé des souffrances aiguës à la victime et constituaient des tortures. Monsieur Selmouni avait, en effet, notamment perdu un œil. Certes, la qualification de mutilation ne pouvait pas être retenue, puisque la Cour de cassation définit celle-ci comme l’ablation ou la suppression d’un organe¹. Pourtant, une infirmité permanente aurait pu être retenue².

¹ Crim. 8 mars 1912, *Bull.* n°138 ; Crim. 18 décembre 1962, *Bull.* n°375 ; Crim. 16 novembre 2004, *Dr. Pén.* 2005 Comm. n°22 obs. VERON (M.) ; Crim. 19 janvier 2005, *Dr. Pén.* 2005 Comm. n°55 obs. VERON (M.).

² Crim. 19 février 1997, *Bull.* n°64.

790. Cependant, la Cour d'appel dans l'affaire Selmouni estime qu'il convient également de « laisser à l'autorité hiérarchique le soin d'apprécier les suites disciplinaires qui s'imposent en l'espèce ».

791. Une double responsabilité. Le respect de la dignité au sens strict constitue une obligation déontologique des autorités chargées de mettre en œuvre les mesures de contrainte. Ainsi, l'article 7 du décret n° 86-592 du 18 mars 1986 portant Code de déontologie de la police nationale prévoit que le fonctionnaire de la police nationale doit avoir « le respect absolu des personnes » et l'article 10 alinéa 1 que « toute personne appréhendée est placée sous la responsabilité et la protection de la police ; elle ne doit subir, de la part des fonctionnaires de police ou de tiers, aucune violence ni aucun traitement inhumain ou dégradant ». L'article 6 du même décret précise que « tout manquement aux devoirs définis par le présent code expose son auteur à une sanction disciplinaire, sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale ». Certes, ces dispositions sont générales et ne visent pas spécifiquement la contrainte probatoire. Toutefois, le législateur prévoit un cumul des responsabilités pénale et disciplinaire. Ces dispositions générales viennent ainsi compléter les dispositions pénales spécifiques.

Il serait possible de s'interroger sur la compatibilité de ce cumul avec le principe du *non bis in idem*. Cependant, ce principe suppose une identité d'infraction. Comme le juge le Conseil d'Etat, il n'y a pas réellement identité en cas de cumul d'une condamnation pénale et d'une sanction disciplinaire¹. Même si une identité matérielle peut être constatée, il n'y a pas identité juridique. Ce cumul permet ainsi de renforcer l'effectivité de la dignité et en souligne le caractère absolu.

792. En outre, les faits justificatifs de l'infraction sont peu applicables dans ce contexte.

2°/ Des faits justificatifs restreints

793. L'adoption du Code pénal de 1992 a conduit à la disparition du fait justificatif tiré du « motif légitime » applicable en cas d'atteintes à la dignité physique. De plus, les éléments constitutifs des faits justificatifs actuels sont difficiles à retenir en l'occurrence.

¹ CE 7 janvier 2004, 2 arrêts, *AJDA* 2004 p. 1653 note DORD (O.).

794. Le motif légitime. Dans l’affaire Selmouni, la Cour d’appel souligne que les faits ont été commis « sans motif légitime ». En effet, sous l’ancien Code pénal, était régulièrement évoquée l’idée selon laquelle les agents publics pourraient user de violences de manière tout à fait légale en raison d’un motif légitime supposant le respect d’une certaine proportionnalité entre la violence commise et le comportement à l’origine de cette violence¹. La Cour de cassation elle-même vérifiait que les juges saisis pour violences, par exemple au cours d’une arrestation, avaient recherché l’existence d’un motif légitime à l’action du prévenu². En effet, l’article 186 de l’ancien Code pénal disposait que « lorsqu’un fonctionnaire ou un officier public, un administrateur, un agent ou un préposé du Gouvernement ou de la police, un exécuteur des mandats de justice ou jugements, un commandant en chef ou en sous-ordre de la force publique, aura, sans motif légitime, usé ou fait user de violences envers les personnes, dans l’exercice ou à l’occasion de l’exercice de ses fonctions, il sera puni selon la nature et la gravité de ces violences, et en élevant la peine suivant la règle posée par l’article 198 ci-après ».

795. Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l’homme a estimé que certaines brutalités, tels que des gifles ou des coups de la main sur la tête ou le visage infligés dans le cadre pénitentiaire ne pouvaient constituer une violation de l’article 3 en l’absence d’un minimum de gravité³. Elle semble, par le biais de ce critère, faire écho au fait justificatif tiré du motif légitime. Cependant, ce fait justificatif ne semble plus pouvoir être retenu aujourd’hui. L’article 186 n’ayant pas été repris par le Code pénal de 1992, aucune autorisation de la loi ne saurait être invoquée. Par cette suppression, le législateur a ainsi renforcé le caractère absolu de la dignité humaine.

796. Les faits justificatifs actuels. Désormais, le Code pénal n’énumère que quatre faits justificatifs. Il s’agit de l’autorisation de la loi, le commandement de l’autorité légitime, la légitime défense et l’état de nécessité. En l’occurrence, seuls les deux derniers pourraient éventuellement être invoqués. En effet, avec la disparition de l’article 186 l’autorisation de la loi ne semble plus pouvoir être évoquée. En outre, le fait justificatif tiré du commandement de l’autorité légitime suppose que l’ordre ne soit pas manifestement illégal en application de la théorie dite des

¹ DECHEIX (P.), « A côté de la légitime défense, le motif légitime : de l’usage de violences par les agents publics », *D.* 1980 Chr. p. 89 à 97.

² Crim. 6 novembre 1991, *Dr. Pén.* 1992 Comm. n°90 note VERON (M.).

³ CEDH 23 mai 2001, *Denizci et autres contre Chypre*, Requêtes n° 25316-2531/94 et 27207/95.

« baïonnettes intelligentes ». Les tortures et traitements inhumains ou dégradants ne peuvent être considérés que comme des ordres manifestement illégaux.

Cependant, la légitime défense et l'état de nécessité supposent tout deux que le comportement soit nécessaire et proportionné à celui de la victime. La gravité des faits exigés pour retenir les qualifications de tortures paraît difficilement compatible avec cette proportionnalité. Certes, ces faits pourraient être invoqués comme moyen de défense à l'encontre de la qualification de violences. Là encore, une application stricte de la condition de proportionnalité commune à ces deux faits justificatifs restreint largement leur admissibilité dans le contexte des mesures de contrainte.

797. La Cour européenne des droits de l'homme a, d'ailleurs, souligné que « le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée ». En l'espèce, il s'agissait de policiers ayant, au cours d'une garde à vue, menacé de mauvais traitement un individu suspecté de l'enlèvement d'un enfant. La Cour considère que la menace de mauvais traitement emporte violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, elle souligne que la prise en compte des éléments de preuve ainsi recueillis pour condamner le suspect rend le procès inéquitable et constitue une violation de l'article 6. Toutefois, en l'espèce, l'individu ayant renouvelé ultérieurement ses aveux, le procès est jugé globalement conforme à l'article 6¹. La légitime défense et l'état de nécessité supposent tous les deux une mise en balance d'intérêts qu'interdit la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 3.

798. Cette aggravation de la répression illustre le caractère absolu de la protection de la dignité au sens strict de l'être humain en particulier dans le cadre de la contrainte probatoire. Toutefois, l'effectivité réelle du respect de ce principe doit encore être améliorée.

¹ CEDH 1^{er} juin 2010, Gäfgen contre Allemagne, Requête n° 22978/05, JCP 2010 note 701 GONZALEZ (G.).

Section II- L’effectivité relative du respect de la dignité physique

799. L’effectivité du respect de la dignité au sens strict implique que les conditions matérielles de la contrainte lui soient également conformes. Certaines réserves peuvent encore aujourd’hui être relevées (§1). En outre, afin d’assurer cette effectivité, le législateur français a mis en place un certain nombre de moyens préventifs supposent là encore d’être renforcés (§2).

§1- Les conditions matérielles de l’exécution de la contrainte

800. Alors qu’une amélioration progressive des conditions matérielles peut être relevée (A), les sanctions des atteintes constatées restent limitées (B).

A- Une amélioration progressive

801. Depuis la fin du XXe siècle, une amélioration progressive de l’état des locaux (1°) et du contrôle exercé sur ceux-ci (2°) a été assurée par le législateur.

1°/ L’état des locaux

802. Depuis quelques années, une amélioration de l’état global des locaux dans lesquels est mise en œuvre la contrainte, tendant à assurer un confort minimal, peut être notée. Cependant, l’effectivité de la dignité physique dans le cadre de la détention provisoire se heurte au problème récurrent de la surpopulation carcérale.

803. Un confort minimal. Pendant longtemps, la Cour, et auparavant la Commission, européennes ne se sont pas référées au principe de dignité de la personne humaine lorsqu’elles étaient saisies des conditions matérielles de détention. Dans l’affaire *Benediktov contre Russie* du

10 mai 2007, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu une violation de l'article 3 en raison des conditions matérielles d'une détention, en particulier au regard de l'état de la cellule, de la surpopulation et de la mauvaise aération et luminosité de celle-ci¹. Plus récemment la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu au détenu, cette fois-ci sur le fondement de l'article 8 de la Convention, un droit à un espace de vie sain. En l'espèce, il s'agissait d'un établissement pénitentiaire se situant à proximité d'une décharge. Le requérant a obtenu la condamnation de la France sur le fondement de l'article 8 sans avoir établi une atteinte à son état de santé². Lorsque le seuil de gravité de l'atteinte constaté est insuffisant pour retenir une violation de l'article 3, les conditions matérielles de la contrainte peuvent, semble-t-il, être sanctionnées sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 8 vient ainsi renforcer la protection de la dignité.

804. Le Comité de prévention de la torture dénonce dans chacun de ses rapports l'état des locaux de garde à vue français. Il souligne régulièrement la vétusté de ces locaux, leur faible superficie, le non respect des règles de sécurité pour la plupart, mais aussi l'absence de confort minimal tels que matelas ou accès à l'hygiène. La circulaire du 11 mars 2003 a rappelé que « trop souvent encore, les conditions matérielles, dans lesquelles les personnes gardées à vue sont retenues, ne sont pas dignes d'une démocratie moderne. Dans ce domaine, également, des efforts importants sont à entreprendre ». Le ministre de l'intérieur insiste sur la nécessité de poursuivre les travaux de rénovations des lieux de garde à vue commencés et en attendant de maintenir les cellules dans « un bon état de propreté par des nettoyages quotidiens » et de veiller à ce que chaque cellule dispose « des éléments d'hygiène nécessaires et permett[er] le repos auquel les personnes gardées à vue peuvent prétendre ». A la suite de cette circulaire, un appel d'offres relatif à des matelas a été lancé en 2003 et des travaux d'amélioration de certains locaux de garde à vue ont été effectués. Cependant, dans son rapport de 2006, le Comité de prévention de la torture a encore insisté sur la vétusté de certains locaux et le fait que les conditions d'hygiène n'étaient pas encore satisfaisantes, même s'il a souligné que le problème des matelas était pratiquement réglé. Ainsi, le Comité a préconisé la mise en place de kits d'hygiène individuelle distribués à toute personne placée plus de 24 heures en garde à vue et l'installation de douches³.*

¹ CEDH 10 mai 2007, *Benediktov contre Russie*, Requête n° 106/02, §31 à 41.

² CEDH 7 avril 2009, *Brandùse c/ Roumanie*, Requête n° 6586/03 ; *RSC* 2009 p. 661 obs. ROETS (D.) ; CERE (J.P.), « Le détenu malade : le traitement du droit européen », *AJ pén.* 2010 p. 325 à 329.

³ Voir encore *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006*, Conseil de l'Europe, 10 décembre 2007, CPT/Inf (2007) 44, §35.

805. Les articles D. 350 et D. 351 du Code de procédure pénale décrivent les conditions matérielles minimales de détention. Selon ces dispositions, « les locaux de détention et, en particulier, ceux qui sont destinés au logement, doivent répondre aux exigences de l’hygiène, compte tenu du climat, notamment en ce qui concerne le cubage d’air, l’éclairage, le chauffage et l’aération ». « Dans tout local où les détenus séjournent, les fenêtres doivent être suffisamment grandes pour que ceux-ci puissent lire et travailler à la lumière naturelle. L’agencement de ces fenêtres doit permettre l’entrée d’air frais. La lumière artificielle doit être suffisante pour permettre aux détenus de lire ou de travailler sans altérer leur vue. Les installations sanitaires doivent être propres et décentes. Elles doivent être réparties d’une façon convenable et leur nombre proportionné à l’effectif des détenus ». Au regard des différents rapports du Comité de prévention de la torture, il semble que les conditions matérielles de la détention provisoire s’améliorent également. En effet, si les établissements construits récemment répondent à toutes les normes d’hygiène et de sécurité nécessaires au respect de la dignité humaine telles que douches, WC, luminosité ou aération, les anciennes prisons posent encore de nombreuses difficultés en raison principalement de leur vétusté. L’article D. 350 a d’ailleurs été le fondement d’une décision intéressante du Tribunal administratif de Nantes sur ce point. En effet, ce Tribunal a annulé une décision de refus implicite par le directeur d’un établissement pénitentier d’une demande de travaux effectuée par deux associations. Le Tribunal retient que « les conditions de détention ne correspondent pas aux *minima* requis en terme d’éclairage, d’aération, d’hygiène (absence de cloisonnement des toilettes, proximité immédiate avec le coin cuisine) ». Le Tribunal soulève également le fait que si les mineurs et les majeurs sont bien séparés, ce n’est pas le cas des prévenus et des condamnés en violation de l’article 10 §2 du Pacte de New York. Il s’agit de la première décision reconnaissant de manière générale l’illégalité des conditions de détention dans un établissement pénitentiaire. Le Tribunal ne retient toutefois pas une violation de l’article 3, « dès lors que les modalités de détention n’instituent en elles-mêmes aucun traitement qui soit, par sa nature, inhumain ou dégradant, et ne portent donc pas d’atteinte à ces règles protectrices »¹.

806. Une surpopulation carcérale chronique. Depuis plusieurs années, le Comité de prévention de la torture dénonce également la surpopulation des maisons d’arrêt où sont

¹ T.A. Nantes 18 décembre 2010, D. 2011 p. 679 note LENA (M.).

détenues les personnes placées en détention provisoire. Contrairement à ce que prévoient le Code procédure pénale et les Règles pénitentiaires européennes, les détenus provisoires, du fait de cette surpopulation, ne sont plus séparés des personnes condamnées. Si le nombre de détentions provisoires semble diminuer peu à peu, celui des condamnations à une peine privative de liberté s'accroît. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme estime que « la Convention ne contient aucune disposition obligeant à traiter de façon différente les simples prévenus et les détenus déjà condamnés »¹. Cependant, cette surpopulation ne fait qu'accroître les difficultés matérielles de la détention². De plus, en raison de cette surpopulation, l'emprisonnement individuel de jour et de nuit des détenus provisoires, principe prévu par l'article 716 du Code de procédure pénale, est très souvent en pratique l'exception. La loi du 15 juin 2000³ avait modifié cet article en supprimant la dérogation possible à l'emprisonnement individuel fondée sur « la distribution intérieure des maisons d'arrêt ou leur encombrement temporaire ». Cette suppression devait entrer en vigueur au 15 juin 2003. Cependant, la loi du 12 juin 2003⁴ a précisé qu'il était possible de déroger à ce principe « dans la limite de cinq ans à compter de [sa] promulgation [...], si la distribution intérieure des maisons d'arrêt ou le nombre de détenus présents ne permet pas un tel emprisonnement individuel ». L'entrée en vigueur de cette disposition a donc été reportée au 12 juin 2008. Toutefois, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009⁵ a, à son tour, posé le principe de l'encellulement individuel avec certaines dérogations. Ainsi, pendant cinq ans à compter de la publication de cette loi, il peut être dérogé à ce principe lorsque les locaux ou le nombre de personnes détenues présentes n'en permettent pas l'application. Le détenu peut demander un transfert vers la maison d'arrêt la plus proche permettant le placement en cellule individuelle. Un tel transfert paraît difficile à envisager en pratique. Aussi, certains auteurs souhaitent-ils la construction de nouveaux établissements pénitentiaires dédiés uniquement aux détentions provisoires⁶.

¹ CEDH 19 avril 2001, Peers contre Grèce, Requête n° 28524/95, §78, RSC 2002 p. 417 Chr. MASSIAS (F.); TULKENS (F.), « L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 313 à 324.

² DARBEDA (P.), « Détenus en surnombre ? A propos de la Recommandation du 30 septembre 1999 du Conseil de l'Europe », RSC 2000 p. 442 à 454 en particulier p. 446.

³ Préc..

⁴ Loi n°2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière.

⁵ Préc..

⁶ Voir notamment RASSAT (M.L.), « Liberté individuelle et détention provisoire », D. 2000 n°20 Point de vue.

807. Afin d’assurer l’effectivité du respect de la dignité, le législateur français a progressivement mis en place un contrôle des conditions matérielles des mesures de contrainte privatives de liberté.

2°/ Le contrôle de l’état des locaux

808. Au fil des réformes, le législateur interne a multiplié les possibilités de contrôle des locaux de privation de liberté. Dans un premier temps, il a diversifié les autorités contrôlant ces locaux. Dans un second temps, afin de renforcer ce contrôle, il a créé une autorité unique.

809. Des contrôles divers. Outre les visites ponctuelles par le Comité de prévention de la torture des différents lieux de privation de liberté, le législateur français a mis en place un contrôle régulier des locaux de contrainte.

810. S’il est prévu depuis 1959 que le procureur de la République a le pouvoir de visiter les locaux de garde à vue, il a fallu attendre la loi du 15 juin 2000¹ pour que le législateur impose une certaine périodicité de ces visites. Cette loi a, en effet, modifié l’article 41 du Code de procédure pénale en imposant une visite au moins une fois par trimestre. La loi du 4 mars 2002² a restreint cette obligation en imposant une visite seulement au moins une fois par an. Le procureur de la République « tient à cet effet un registre répertoriant le nombre et la fréquence des contrôles effectués dans ces différents locaux ».

811. La loi du 15 juin 2000 a également reconnu aux parlementaires un droit de visite à tout moment des locaux de garde à vue³. Cependant, selon la circulaire du 4 décembre 2000⁴, si les parlementaires ne sont pas tenus de prévenir à l’avance de leur arrivée, ils ne peuvent en vertu de

¹ Préc..

² Loi n°2002-307 du 4 mars 2002 modifiant la loi renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes.

³ Article 719 du CPP.

⁴ Circulaire n° CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l’enquête de police judiciaire.

l'article 11 du Code de procédure pénale « entrer en contact avec les personnes gardées à vue, ni évidemment être présents lors des auditions de ces dernières, ou prendre connaissance des procès-verbaux effectués par les enquêteurs y compris ceux relatifs aux mesures de garde à vue » ni du registre de garde à vue.

812. Quant aux locaux de détention provisoire, ils font l'objet de visites par le président de la Chambre de l'instruction au moins une fois par trimestre en vertu de l'article 222 du Code de procédure pénale, et par le juge d'instruction aussi souvent que ce dernier l'estime utile en vertu de l'article D.177 du Code de procédure pénale.

813. Une autorité unique. Les Règles pénitentiaires européennes de 1987 prévoient que les conditions de détention et la manière dont les détenus sont traités doivent « faire l'objet d'une inspection gouvernementale ainsi que du contrôle d'une autorité indépendante ».

814. S'inspirant notamment de ces règles, la Commission sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, dans son rapport de juillet 1999, préconisait la création d'un contrôleur général des prisons. Celui-ci était nommé par décret du président de la République pour au moins six ans sur proposition de la Commission nationale consultative des droits de l'homme. Ce contrôleur devait être totalement indépendant, tant sur le plan budgétaire que sur le plan de sa mission, puisqu'il ne devait recevoir aucune instruction. Assisté de contrôleurs des prisons placés sous son autorité directe, il devait être compétent pour un contrôle des conditions de détention, telles qu'hygiène et alimentation, et ainsi que pour l'évaluation du programme de « remise aux normes du parc pénitentiaire ». Ce contrôle se faisait par la possibilité de visiter les établissements pénitentiaires, la rédaction d'un rapport annuel et la possibilité d'émettre des recommandations.

A son tour, le 5 juillet 2000, la Commission d'enquête du Sénat sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires, présidée par Monsieur Cabanel, a rendu un rapport dans lequel elle préconisait la création d'un organe de contrôle, externe et indépendant, des établissements pénitentiaires « doté de très larges prérogatives et pouvant effectuer des visites très complètes des établissements ».

A la suite de ce rapport, une proposition de loi, relative aux conditions de détention dans les établissements pénitentiaires et au contrôle général des prisons, a été déposée par Messieurs Hiest et Cabanel le 30 novembre 2000. Cette proposition prévoyait la mise en place d'un

contrôleur général des prisons « chargé de contrôler l’état, l’organisation et le fonctionnement des établissements pénitentiaires, ainsi que les conditions de la vie carcérale et les conditions de travail des personnels pénitentiaires ». Ce contrôleur, nommé pour six ans par décret du Président de la République, pouvait visiter à tout moment les établissements pénitentiaires, et devait établir chaque année un rapport public. Le 17 avril 2001, Monsieur Othily a rendu un rapport au nom de la Commission des lois du Sénat. Ont alors été apportées quelques modifications afin de renforcer l’action de ce contrôleur. Nommé en Conseil des ministres, il avait accès à tous les locaux et pouvait s’entretenir avec toute personne de manière totalement confidentielle. S’il constatait une infraction pénale ou une faute disciplinaire, il avait l’obligation d’en informer les autorités compétentes, et, s’il constatait un dysfonctionnement dans l’établissement, il devait le porter à la connaissance du Garde des sceaux. Le 26 avril 2001, le Sénat a adopté en première lecture cette proposition de loi telle que modifiée par la Commission des lois. Enregistrée une première fois à la présidence de l’Assemblée Nationale le 26 avril 2001, puis le 17 juillet 2002, cette proposition semble avoir été quelque peu oubliée. Il a fallu attendre le 4 juillet 2007 pour qu’elle soit de nouveau enregistrée à l’Assemblée Nationale.

Cependant, le 9 juillet 2007 un projet de loi instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté fut présenté par le ministre de la justice. Ce projet est devenu la loi du 30 octobre 2007¹. Sont visés « les lieux de privation de liberté » sans distinction. Le Contrôleur général est donc compétent pour contrôler non seulement les établissements pénitentiaires mais également les locaux de garde à vue. Il est totalement indépendant puisqu’il ne peut recevoir d’instruction. Il est nommé par décret du président de la République pour six ans non renouvelable après avis de la « commission compétente de chaque assemblée ». Il est assisté de contrôleurs. Il peut être saisi soit par toute personne physique ou morale, soit par le Premier ministre, les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, le Médiateur de la République, le président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité et le président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité. Il peut également se saisir d’office. Il peut visiter, à tout moment, tout lieu de privation de liberté sans que les autorités responsables de ces lieux ne puissent s’y opposer sauf pour « des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale, à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles sérieux dans le lieu visité, sous réserve de fournir au Contrôleur général des lieux de privation de liberté les justifications de leur opposition. Elles proposent alors son report. Dès que les circonstances exceptionnelles ayant motivé le report ont cessé, elles en informent le Contrôleur général des

¹ Loi 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

lieux de privation de liberté ». Il peut obtenir toute pièce qu'il juge utile et s'entretenir de manière confidentielle avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire.

815. Toutefois, les sanctions pouvant résulter de ces contrôles restent restreintes.

B- Des sanctions restreintes

816. Les suites pouvant être données à ces contrôles sont limitées (1°) et ce d'autant plus qu'aucune incrimination ne peut réellement être retenue pour sanctionner les conditions matérielles contraires à la dignité (2°).

1°/ Les suites des contrôles

817. A l'issue de leurs visites, les diverses autorités chargées du contrôle des lieux de privation de liberté doivent transmettre leurs observations.

818. Depuis la loi du 5 mars 2007¹, le procureur de la République doit adresser au procureur général un rapport relatif aux « mesures de garde à vue et l'état des locaux de garde à vue de son ressort ; ce rapport est transmis au garde des sceaux. Le garde des sceaux rend compte de l'ensemble des informations ainsi recueillies dans un rapport annuel qui est rendu public ». Toutefois, il est possible de s'interroger sur les effets concrets des visites du procureur de la République ou des parlementaires, s'ils constatent que les conditions matérielles de la garde à vue ne sont pas conformes à la dignité. La circulaire du 4 décembre 2000 prévoit que si le procureur de la République « estime que les conditions matérielles de garde à vue sont incompatibles pour des raisons diverses avec la protection de la dignité des personnes retenues, il lui appartiendra de le faire connaître par écrit au chef du service de police ou de gendarmerie » compétent et d'en informer le procureur général, lui-même devant en informer la direction des affaires criminelles et des grâces. Le procureur doit s'informer des suites données à ses observations et en aviser sa hiérarchie afin que « si dans un délai raisonnable, les conditions matérielles de la garde à vue n'ont

¹ Loi n°2007-289 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

pas pu être améliorées, la Chancellerie en saisisse directement le ministère de l’intérieur ou celui de la défense ».

819. Le premier président de la Cour d’appel et le procureur général, quant à eux, doivent, tous les ans, adresser un rapport conjoint au ministre de la justice rendant compte du « fonctionnement des établissements pénitentiaires de leur ressort et du service assuré par le personnel de ces établissements » selon l’article D.179 du Code de procédure pénale.

820. A l’issue de chaque visite, le Contrôleur général transmet ses observations au gouvernement. S’il constate des violations graves des droits fondamentaux, le Contrôleur transmet ses observations aux autorités responsables du lieu de privation de liberté. A l’issue d’un délai qu’il fixe, il pourra constater s’il a été mis fin à cette violation. Il est également compétent pour informer le procureur de la République s’il suspecte une infraction pénale ou les autorités compétentes s’il suspecte un comportement sanctionné disciplinairement. Il peut également formuler des recommandations ou des avis qui peuvent être rendus publics. Il établit également un rapport annuel qui est rendu public.

821. Si une atteinte à la dignité au sens strict est constatée lors de ces contrôles, aucune nullité ne peut être déduite de ce constat. En effet, la visite est par définition générale et non relative à une affaire déterminée comme l’a souligné Monsieur Pradel¹.

822. En outre, aucune qualification pénale ne semble réellement pouvoir être retenue pour sanctionner les conditions matérielles contraires à la dignité au sens strict.

2°/ Une qualification pénale impossible

823. Bien que certaines juridictions du fond aient cherché à qualifier pénalement les conditions matérielles de privation de liberté contraires à la dignité au sens strict, la Cour de cassation s’y est refusée.

¹ PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution ? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et p. 1114 à 1124.

824. Une tentative de qualification. Pendant longtemps, la Cour de cassation a refusé toute compétence à l'ordre judiciaire pour contrôler les conditions matérielles de détention. Ainsi, dans un arrêt du 28 novembre 1996¹, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que « les conditions matérielles de détention ressortent de la compétence de l'administration pénitentiaire ; qu'il n'y a donc pas lieu pour la chambre d'accusation de porter une appréciation sur l'état de la maison d'arrêt de Saint-Denis ». Après l'entrée en vigueur de l'article préliminaire du Code de procédure pénale rappelant que les mesures de contrainte doivent être conformes à la dignité humaine, certains auteurs se sont demandés comment la Cour de cassation pourrait maintenir une telle solution².

825. La Cour d'appel de Nancy a rendu, le 1^{er} mars 2007, une décision originale sur ce point. Dans cette affaire, une personne détenue avait porté plainte sur le fondement de l'article 225-14 du Code pénal dénonçant le fait que « deux personnes [étaient] détenues dans 9 mètres carrés sans aération, avec une seule sortie par jour d'une heure, [dans] une cellule vétuste, sale, sans moyen de nettoyer le plafond couvert de toiles d'araignée, un WC avec une chasse d'eau hors d'état et trois fois par semaine une douche dans un local sale, envahi de cafards, sans eau chaude le plus souvent, etc. ». Après avoir souligné que la rédaction des dispositions de l'article 225-14 du Code pénal relatives aux conditions d'hébergement contraires à la dignité de la personne « ne permet pas d'exclure de son champ d'application les cas d'hébergement forcé résultant de la décision d'une autorité légitime », cette Cour estime que « la personne détenue est, du fait de la privation de sa liberté d'aller et venir, incontestablement en situation de vulnérabilité, au point que des droits spécifiques ont été édictés en sa faveur par le législateur pour compenser son état d'infériorité, et que l'article préliminaire du Code de procédure pénale lui garantit que les mesures de contrainte dont elle fait l'objet ne doivent pas porter atteinte à sa dignité ». Par conséquent, selon la Cour d'appel, en cas de plainte à l'encontre des conditions de détention, « il appartient au juge d'instruction, abstraction faite de l'impossibilité légale de mettre en cause la responsabilité pénale de l'Etat, personne morale représentée par l'administration pénitentiaire, de vérifier dans chaque cas la réalité : 1°) du caractère éventuellement incompatible avec la dignité humaine des conditions d'hébergement réservées à la personne détenue, 2°) de l'abus reproché aux personnes physiques en position, notamment en raison de leurs fonctions, de les créer ou d'y mettre un

¹ Crim. 28 novembre 1996, *Dr. Pén.* 1997 Comm. n°54 note MARON (A.).

² MAYER (D.), « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001 p. 1643 à 1645 ; COMMARET (D.N.), « L'article préliminaire du code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », in *Mélanges PRADEL (J.), Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 71 à 84.

terme, 3°) des causes d’irresponsabilité pénale, telles la contrainte, l’ordre de la loi ou le commandement de l’autorité légitime, susceptibles d’être invoquées par les personnes auxquelles cet abus, à le supposer établi, serait imputable ». Certes, cette décision semble être relative aux conditions matérielles de détention d’une personne condamnée. Cependant, la Cour européenne des droits de l’homme ne distingue pas, lorsqu’elle est saisie d’une telle question, selon que la personne est placée en détention provisoire ou exécute une condamnation. En effet, une telle distinction affaiblirait la protection issue du principe de dignité de la personne humaine. De plus, la Cour d’appel se fonde notamment sur l’article préliminaire du Code de procédure pénale qui n’est relatif qu’aux mesures de contrainte préalables au jugement. Cette décision de la Cour d’appel de Nancy semble pouvoir être étendue à la détention provisoire.

826. Le rejet de toute responsabilité pénale. Cette décision de la Cour d’appel de Nancy est une illustration du contrôle de plus en plus important opéré par le juge judiciaire que permet l’article préliminaire du Code de procédure pénale. D’ailleurs, ne peut-on pas penser que cette solution pourrait être étendue également aux locaux de garde à vue ? En effet, la vulnérabilité de la personne soumise à cette mesure et l’hébergement peuvent également être relevés même si la période de temps est beaucoup plus réduite. La vulnérabilité, ou l’état de dépendance de la victime, sont une condition préalable de cette infraction. Toutefois, le législateur ne définit pas les notions de vulnérabilité et d’état de dépendance laissant ainsi une large marge d’appréciation aux juges, marge dont la Cour d’appel a en l’occurrence profité. L’élément matériel de cette infraction a supposé pendant longtemps un abus de la vulnérabilité ou de la dépendance par l’auteur. La loi du 18 mars 2003¹ a supprimé cette condition. Il suffit désormais que l’auteur ait connaissance de la vulnérabilité ou de l’état de dépendance de la victime², ce qui est nécessairement le cas dans les hypothèses envisagées dans le cadre de cette étude. Toutefois, l’article 225-14 n’impose aucune condition de temps. La Cour d’appel de Nancy a ainsi ajouté une condition. De plus, la responsabilité pénale de l’Etat ne pouvant être engagée, seule celle des personnes ordonnant la détention et du directeur de l’établissement pénitentiaire peut être mise en cause. Cela conduit à s’interroger sur la détermination des personnes réellement responsables de la détérioration des conditions de détention en France³.

¹ Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure.

² WILLMANN (C.), « Les conditions de travail et d’hébergement contraires à la dignité humaine », *Rep. Pén. Dalloz*.

³ Voir DANET (J.), « Les conditions de détention et l’article 225-14 du Code pénal », note sous Nancy 1er mars 2007, *D.* 2007 p. 2218 à 2223.

827. A ce titre, le 20 janvier 2009, la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹ a rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'une décision confirmant le refus d'informer d'un juge d'instruction de Rouen saisi d'une plainte d'un détenu pour hébergement indigne. La chambre de l'instruction, après avoir admis que « ne peut être contestée la réalité des mauvaises conditions d'hébergement dans les locaux de détention, induites par une surpopulation en milieu carcéral de nature à porter atteinte à la préservation de la dignité des détenus », rappelle que la responsabilité pénale de l'Etat ne peut être recherchée. La Cour d'appel souligne ensuite qu'« en application de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, les tribunaux répressifs de l'ordre judiciaire sont incompétents pour statuer sur la responsabilité d'une administration ou d'un service public en raison d'un fait dommageable commis par l'un de leurs agents ; que l'agent d'un service public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis que si cet acte constitue une faute détachable de ses fonctions ». Néanmoins, la partie civile n'a pas établi l'existence d'une telle faute. « Il en résulte que les reproches faits au garde des Sceaux et à ses services déconcentrés de l'administration pénitentiaire sont en relation directe avec l'exécution de son programme budgétaire voté par le Parlement et qu'il ne peut dès lors, *es* qualité de membre du pouvoir exécutif, être amené à rendre des comptes devant l'autorité judiciaire ». En outre, la Chambre de l'instruction de Rouen, à l'inverse de la Cour d'appel de Nancy, estime que « l'article 225-14 du Code pénal, d'interprétation stricte, réprimant le fait de soumettre une personne à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, induit comme contrepartie à l'hébergement, une forme d'exploitation de la personne hébergée en vue d'un certain enrichissement de l'exploitant des lieux, excluant ainsi la situation du détenu en milieu carcéral ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation ne se prononce pas sur ce point, se contentant d'affirmer que la Cour d'appel a justifié sa décision. Pourtant, cette dernière condition sur laquelle se fonde la chambre de l'instruction n'apparaît pas à la lecture du texte. Ce faisant la Chambre de l'instruction a ajouté une condition au texte, allant ainsi à l'encontre du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. En outre, la rédaction et le fondement adoptés par la Chambre de l'instruction rendent sa décision ambiguë. En effet, elle se fonde sur la loi des 16 et 24 août 1790 ainsi que sur l'absence de faute détachable du service avant d'étudier l'article 225-14 du Code pénal. L'absence de précision de sa motivation peut conduire à penser qu'elle refuse l'information pénale au regard à la fois de l'article 225-14 et de la loi des 16 et 24 août

¹ Crim. 20 janvier 2009, Bull. n°18 ; HERZOG-EVANS (M.), « Pas d'information ouverte du chef de détention contraire à la dignité humaine (Arrêt rendu par Cour de cassation, crim. 20 janvier 2009) », *AJ pén.* 2009 p. 139.

1790. Cela impliquerait que la responsabilité pénale d’un agent administratif ne pourrait être mise en cause qu’en cas de faute détachable du service. Tel n’est, cependant, pas le cas. La loi des 16 et 24 août 1790 est relative à la responsabilité civile des agents administratifs et non à leur responsabilité pénale. En réalité, il semble que la décision de la Chambre de l’instruction doive être divisée en deux parties. Dans un premier temps, la Chambre de l’instruction rappelle l’incompétence des juridictions judiciaires pour indemniser les victimes des fonctionnaires et agents des services publics¹. Elle semble ainsi rejeter la constitution de partie civile, bien que celle-ci n’ait pas seulement un but de réparation. Dans un second temps, elle justifie le refus d’informer par l’absence de qualification pénale des faits.

828. En revanche, récemment, certaines juridictions de référé de l’ordre administratif n’ont pas hésité à ordonner à l’Etat de verser des provisions à des détenus en raison des conditions de détention contraires à la dignité². Des provisions ne peuvent être ordonnées que si une faute de l’administration peut être relevée et que « l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable » en vertu de l’article R. 541-1 du Code de justice administrative. Des conditions de détention indignes apparaissent dès lors comme une faute incontestable de l’administration pénitentiaire susceptible d’engager la responsabilité de l’Etat. Le caractère absolu de la protection de la dignité humaine se retrouve ici.

829. Le législateur a complété ces diverses dispositions par la mise en place de moyens de prévention.

§2- La prévention des atteintes à la dignité

830. Le législateur français a souhaité prévenir les atteintes à la dignité au sens strict en évitant des pressions excessives lors de la garde à vue (A) et en protégeant la santé des individus contraints (B).

¹ Pour un rappel de cette incompétence voir Crim. 30 novembre 2010, pourvoi n°10-80.447, Rev. pénit. 2011 p. 149 Chr. AMBROISE-CASTEROT (C.).

² Voir notamment T.A. Rouen 11 juin 2010, JCP 2010 act. 687 ; AJ pén. 2009 p. 728 obs. PECHILLON (E.).

A- La lutte contre les pressions excessives

831. Le législateur a progressivement mis en place des moyens d'éviter les pressions psychiques (1°) mais également à la fois physiques et psychiques (2°).

1°/ La lutte contre les pressions psychiques

832. Le législateur français a cherché à mettre en place des moyens permettant d'éviter les « tortures licites de la garde à vue » ainsi que les fouilles corporelles humiliantes.

833. Les « tortures licites » de la garde à vue. Les grands procès staliniens reposaient sur l'aveu. En dehors de certaines tortures physiques, le mécanisme conduisant à cet aveu était principalement fondé sur des pressions psychologiques et physiques infligées au cours de détentions précédant le procès. Elles consistaient, notamment, en la privation de sommeil, l'humiliation de la personne, les interrogatoires répétés de préférence de nuit, l'isolement ou les menaces relatives aux membres de la famille. Ces pressions, qui pouvaient durer plusieurs années, avaient pour conséquence de « briser » psychiquement et physiquement les accusés et de les conduire à des aveux ne correspondant pas toujours à la vérité¹. Il n'y avait, ainsi, pas nécessairement recours à la torture au sens strict. En revanche, étaient utilisées des mesures inhumaines et dégradantes. Il y avait ainsi bien atteinte à la dignité de la personne humaine afin d'obtenir l'aveu. Certes, ces méthodes sont celles d'un régime totalitaire. Cependant, certaines rappellent quelques unes des « tortures licites » préconisées par Monsieur Lambert au cours de la garde-à-vue française dans les années cinquante. Ainsi, celui-ci, soulignant la difficulté pour le juge d'instruction depuis la loi de 1897 d'obtenir un aveu, préconisait les « tortures licites » telles que les interrogatoires de longue durée sans temps de repos, la station assise prolongée ou les repas décalés, créant un inconfort qui, liées à une certaine adresse psychologique du policier dans ses questions, amèneraient l'individu au bord d'un « vertige mental » le conduisant à l'aveu. Monsieur Lambert interdisait l'extorsion de l'aveu, qui selon lui constituait un déshonneur pour

¹ Voir WERTH (N.), « L'aveu dans les grands procès staliniens », *in* sous la direction de DULONG (R.), *L'aveu Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, coll. Droit et justice, 2001, p. 99 à 115, dans lequel l'auteur fonde sa description sur l'analyse d'Annie Kriegel et des lettres de Nikolai Boukharine ; mais aussi SOLJENITSYNE (A.), *L'Archipel du goulag 1918-1956 Essai d'une investigation littéraire.*, Tome 1, Le Seuil, 1974, 446 pages ; KOESTLER (A.), *Le Zéro et l'Infini*, Livre de Poche, 2002, 281 pages.

les services de police. Ceci explique d’ailleurs son expression de « tortures licites »¹. Cependant, ces méthodes comportaient en elles-mêmes un risque important de dérives vers un traitement inhumain ou dégradant dès lors qu’elles étaient réitérées ou prolongées dans le temps².

834. Ces recommandations sont, fort heureusement, anciennes. Cependant, certains faits dénoncés par le Comité de prévention de la torture, ou par la Commission nationale de déontologie de la sécurité, semblent faire écho à ces pratiques. En particulier, ils ont dénoncé la privation d’alimentation, d’eau et de sommeil³. Aussi, l’instruction ministérielle du 11 mars 2003 relative à la dignité des personnes placées en garde à vue s’est-elle inspirée du rapport rendu en 2000 par le Comité de prévention de la torture. Elle a rappelé que « sauf exceptions circonstanciées, les personnes gardées à vue doivent être alimentées avec des repas chauds, aux heures normales, et composés selon les principes religieux dont elles font état. La fourniture de ces repas doit être prise en charge sur les budgets de la police et de la gendarmerie ». A la suite de cette instruction, une note du Ministère de l’Intérieur du 21 mai 2003 a lancé un appel d’offres relatif notamment à des repas-barquettes et des fours à micro-ondes. Si fin 2004, le Comité de prévention de la torture s’est encore inquiété de l’alimentation des personnes placées en garde à vue, en particulier en Outre-Mer⁴, en 2006 il a estimé qu’il avait été presque totalement remédié aux problèmes d’alimentation⁵.

835. Les fouilles corporelles humiliantes. Les fouilles corporelles⁶ peuvent être externes ou internes. Parmi les premières, il faut distinguer les mesures de sécurité et les fouilles d’investigation.

¹ LAMBERT (L.), *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, éd. Desvigne, 3^{ème} édition, 1952, p. 706 à 719 ; du même auteur « Nécessité judiciaire, sociale, morale de l’interrogatoire policier », *RSC* 1949 supplément au n°2.

² Voir notamment GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d’investigation au procès pénal », *RSC* 1950 p. 313 à 357.

³ En particulier *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en France du 6 au 18 octobre 1996*, Conseil de l’Europe, 14 mai 1998, CPT/Inf (98) 7, §36 ; *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite en France effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 14 au 26 mai 2000*, Conseil de l’Europe, 19 juillet 2001, CPT/Inf (2001) 10, §27.

⁴ *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) dans le département de la Réunion du 13 au 20 décembre 2004*, Conseil de l’Europe, 21 décembre 2005, CPT/Inf (2005) 21, §61.

⁵ *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006*, *op. cit.*.

⁶ Il faut noter que la Cour européenne des droits de l’homme a considéré que le droit français ne garantissait pas un recours effectif à l’encontre des fouilles corporelles au regard de l’article 13 de la CESDH. En effet, il semble que les juridictions internes considéraient qu’elles ne constituaient pas des décisions susceptibles de recours. Voir CEDH 9

Selon la circulaire du Ministre de l'intérieur du 11 mars 2003 dite « Instructions relatives à la garantie de la dignité des personnes placées en garde à vue », les mesures de sécurité « ont pour finalité la protection du gardé à vue, des personnes et des tiers. [...] Parmi ces mesures, deux modalités sont à distinguer » à savoir la palpation de sécurité permettant de révéler le port de tout objet dangereux et la fouille de sécurité. Afin de protéger la dignité de la personne, et éviter toute vexation, la palpation est pratiquée par une personne du même sexe et à travers les vêtements. La palpation doit être pratiquée à chaque prise en charge et lors des « mouvements » de la personne placée en garde à vue.

Quant à la fouille de sécurité, la circulaire de 2003 rappelle que « l'article C117 de l'instruction générale du 21 février 1959 prise pour l'adoption du Code de procédure pénale précise que cette mesure ne peut être pratiquée que si la personne gardée à vue est suspectée de dissimuler des objets dangereux pour elle-même ou pour autrui. Pratiquée systématiquement, *a fortiori* avec le déshabillage de la personne gardée à vue, elle est attentatoire à la dignité et contrevient totalement aux exigences de nécessité et de proportionnalité voulues par l'évolution du droit interne et européen ». La circulaire de 2003 en conclut que ces fouilles doivent être limitées à la palpation de sécurité et que « toute instruction rendant les fouilles systématiques doit être abrogée ». Les fouilles de sécurité doivent être limitées aux seuls cas de stricte nécessité en particulier au regard de la dangerosité de la personne.

Les fouilles d'investigation, quant à elles, sont assimilées par la jurisprudence à des perquisitions¹. En vertu de l'article 63-5 du Code de procédure pénale en sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, les investigations corporelles internes indispensables pour les nécessités de l'enquête devant être effectuées sur les personnes placées en garde à vue ne pouvaient être pratiquées que par un médecin requis à cet effet. Cette condition permettait de sauvegarder la dignité de la personne en imposant un cadre strict et en particulier l'intervention d'un professionnel de la santé. Cependant, il ne s'agissait que de la consécration légale d'une pratique antérieure et il était possible de regretter, comme certains auteurs, que cette condition n'ait pas été étendue à l'ensemble des fouilles corporelles effectuées au cours de la procédure pénale telles que les fouilles de sécurité².

juillet 2009, Khider contre France, Requête n°39364/05. Toutefois, le Conseil d'Etat est revenu sur ce point. CE 9 avril 2008 et 14 novembre 2008, *Dr. pén.* 2009 Comm. n°16 note MARON (A.) et HAAS (M.) ; CE 14 novembre 2008, *Rec.* p. 417.

¹ Crim. 22 janvier 1953, *D.* 1953 p. 533 note LAPP (C.) ; Crim. 21 juillet 1982, *Bull.* n°196 ; Crim. 4 mars 1991, *Bull.* n°105.

² LOMBARD (F.) et HAROUNE (A.), « Garde à vue : les fictions de la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2002 p. 438 à 443.

836. Afin d’assurer l’effectivité totale de la dignité, l’avant-projet de loi sur la garde à vue présenté le 7 septembre 2010 prévoyait que les fouilles à corps intégrales seraient décidées par un officier de police judiciaire et réalisées par une personne du même sexe. L’avant-projet interdisait de manière stricte ces fouilles pour des raisons de sécurité. Le projet de loi présenté le 13 octobre 2010 au Conseil des ministres reprenait ces dispositions. Elles ont été consacrées par la loi du 14 avril 2011. Ainsi, désormais, l’article 63-5 du Code de procédure pénale, après avoir rappelé que la garde à vue doit s’exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne, précise que « seules peuvent être imposées à la personne gardée à vue les mesures de sécurité strictement nécessaires ». En vertu de l’article 63-6, les mesures de sécurité ne peuvent, en principe, consister en une fouille intégrale. Toutefois, l’article 63-7 autorise cette dernière lorsqu’elle est « indispensable pour les nécessités de l’enquête ». Le législateur encadre désormais de manière stricte ces fouilles. L’article 63-7 précise que la fouille intégrale « doit être décidée par un officier de police judiciaire et réalisée dans un espace fermé par une personne de même sexe que la personne faisant l’objet de la fouille. La fouille intégrale n’est possible que si la fouille par palpation ou l’utilisation des moyens de détection électronique ne peuvent être réalisées ». En outre, toujours selon le même article, « lorsqu’il est indispensable pour les nécessités de l’enquête de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet ».

837. La loi du 24 novembre 2009¹ a renforcé l’encadrement des fouilles corporelles intégrales pratiquées par l’administration pénitentiaire. Elles ne peuvent être utilisées qu’en dernier recours en cas d’insuffisances d’autres mesures moins attentatoires à la dignité telles que les fouilles par palpation.

La loi du 24 novembre 2009 a également renforcé l’encadrement des fouilles internes. Le Conseil d’Etat avait préalablement posé certaines conditions telles que la nécessité et la proportionnalité de la mesure². Le législateur de 2009 a complété ces conditions en s’inspirant des dispositions prévues dans le cadre de la garde à vue. En effet, il impose désormais qu’elles soient pratiquées par un médecin extérieur à l’établissement pénitentiaire. Encore une fois, le médecin est garant de la dignité des personnes contraintes. En revanche, il est possible de regretter, avec certains

¹ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 portant loi pénitentiaire.

² CE 14 novembre 2008, *D.* 2008 p. 3013 obs. ROYER (E.), *AJ pén.* 2009 p. 89 obs. PECHILLON (E.).

auteurs, que le législateur n'ait pas repris les exigences des règles pénitentiaires européennes imposant que les fouilles soient pratiquées par des membres du personnel du même sexe¹.

838. Le législateur a complété ces dispositions préventives afin de lutter contre tout type de pression, non seulement psychiques mais également physiques.

2°/ La lutte contre toute pression

839. Afin de lutter contre toute pression physique ou psychique, le législateur a mis en place certaines formalités ainsi que l'obligation d'enregistrement des interrogatoires de garde à vue.

840. Les formalités. La volonté d'exclure toute pression physique ou psychique, et ainsi de s'assurer du respect du principe de dignité de la personne humaine par les services de police, explique également le fait que, depuis 1959, les procès-verbaux doivent indiquer les heures, la durée des interrogatoires et des repos ainsi que les heures des repas². Au début des années soixante, un auteur regrettait le fait que ces mesures ne recevaient pas une pleine application³. Certaines juridictions du fond refusaient de tenir compte des déclarations des personnes gardées à vue lorsque l'officier de police judiciaire n'avait « mentionné dans son procès-verbal d'enquête ni les heures, ni la durée des interrogatoires et des repos, mettant ainsi la cour dans l'impossibilité de vérifier si les déclarations du prévenu [avaient] été obtenues dans des conditions matérielles et morales acceptables en justice »⁴. Néanmoins, la Cour de cassation a considéré, dès 1960, qu'en cas de non respect de ces règles, il n'y aurait pas nullité de la garde à vue sauf à établir que la recherche de la vérité en a été fondamentalement viciée⁵. Il s'agit de décisions anciennes. Toutefois, la circulaire du 4 décembre 2000⁶ a estimé que « l'absence de mention relative à

¹ CERE (J.P.), « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJ pén.* 2009 p. 476 à 482.

² Article 64 du CPP. Il faut souligner que lors de la retenue douanière le procès-verbal doit comporter également la mention des heures d'audition et les repos qui les ont séparés en vertu de l'article 323 du Code des douanes.

³ CADENE (J.), *La preuve en matière pénale Essai d'une théorie générale*, Thèse Montpellier 1963, p. 121.

⁴ Douai 12 décembre 1962, *Gaz. Pal.* 1963 1^{er} sem. JP p. 407.

⁵ Crim. 17 mars 1960, *Bull.* n°156 ; Crim. 10 octobre 1968, *Bull.* n°252.

⁶ Circulaire n°CRIM-00-13/F1 du 4 décembre 2000 Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire.

l’alimentation d’une personne gardée à vue ne peut constituer une cause de nullité de la mesure ». Même si cette disposition, par définition, n’a aucune valeur juridique, la Chambre criminelle de la cour de cassation semble avoir maintenu cette solution¹, ce qui ne peut qu’être regretté. Le caractère absolu de la dignité humaine devrait conduire la Cour de cassation à constater la nullité sans exiger la preuve d’un grief.

841. Afin de renforcer le contrôle du déroulement des interrogatoires de garde à vue, l’enregistrement a également été proposé.

842. L’enregistrement. Cette mesure permet non seulement de s’assurer de l’absence de toute brutalité policière, de toute pression psychique ou de tout détournement des propos de la personne, mais également d’éviter les fausses accusations à l’encontre des services de police. S’inspirant de la pratique anglaise², le législateur français a, par la loi du 15 juin 2000, rendu obligatoire, à partir du 16 juin 2001, l’enregistrement vidéo et audio de l’interrogatoire des mineurs placés en garde à vue³. L’enregistrement est placé sous scellés et la copie est versée au dossier. L’enregistrement ne peut être visionné qu’avant l’audience de jugement en cas de contestation du contenu du procès-verbal. Il est détruit au bout de cinq ans à compter de la date d’extinction de l’action publique.

843. Cette disposition relative aux gardes à vue des mineurs avait un but expérimental. Le souhait du législateur était à terme, en vertu de l’article 141 de la loi du 15 juin 2000, d’étendre cette obligation à l’ensemble des gardes à vue. Les difficultés matérielles de mise en œuvre de cette disposition ont conduit le gouvernement à renoncer à cette généralisation sans même que le rapport prévu par la loi du 15 juin 2000 ait été effectué⁴. Certains critiques faisaient remarquer, dès la parution de la loi du 15 juin 2000, que cette généralisation risquait d’alourdir les procédures et préconisaient de ne l’étendre qu’aux infractions les plus graves⁵. Le législateur de 2007 a,

¹ Crim. 26 février 1991, *Bull.* n°98 ; Crim. 1^{er} février 1995, *Gaz. Pal.* 1995 2^e sem. Chr. de droit criminel p. 334 ; Crim. 19 décembre 2001, pourvoi n° 00-87755, inédit.

² FAUCHON (P.), « Enregistrement des gardes à vue », *D.* 2000 Interview n°24 p. VII et VIII ; PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution ? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et 1114 à 1124.

³ Article 4 VI de l’ordonnance n°45-174 du 2 février 1945.

⁴ Circulaire n°CRIM-02-01/E8 du 10 janvier 2002.

⁵ LOMBARD (F.) et HAROUNE (A.), « Garde à vue : les fictions de la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2002 p. 438 à 443.

semble-t-il, suivi cet avis. En effet, la loi du 5 mars 2007¹, a prévu à l'article 64-1 du Code de procédure pénale que tous « les interrogatoires des personnes placées en garde à vue pour crime, réalisés dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie exerçant une mission de police judiciaire font l'objet d'un enregistrement audiovisuel. Le visionnage et la destruction de l'enregistrement sont soumis aux mêmes conditions que les enregistrements des interrogatoires de mineurs ». Cette obligation en matière criminelle s'applique aussi bien lors de l'enquête préliminaire que de l'enquête de flagrance et, par conséquent, de l'instruction. Seules deux exceptions sont admises. Il s'agit, d'une part de l'hypothèse de faits de criminalité et de délinquance organisée ou en cas d'infractions portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, et, d'autre part, d'une impossibilité technique indiquée dans la procédure. En dehors de ces hypothèses, le défaut d'enregistrement constitue pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation une cause de nullité pour grief présumé². La Chambre criminelle a toutefois limité cette sanction. En effet, elle considère que si l'état de santé de l'individu nécessite son hospitalisation, les interrogatoires, notamment de première comparution, n'ont pas à être enregistrés. Elle limite ainsi l'obligation d'enregistrement aux interrogatoires se déroulant dans le cabinet du juge d'instruction. L'hospitalisation du suspect est ainsi assimilée à une impossibilité technique. Il est possible de considérer que la même solution pourrait être retenue en cas d'hospitalisation au cours d'une garde à vue. Cette solution est conforme à la lettre du texte. Pourtant, certains auteurs se sont interrogés sur le respect de la volonté du législateur. En effet, cette disposition constituant une garantie pour les individus mis en cause, il y aurait, en quelque sorte, rupture d'égalité en raison de l'hospitalisation³.

844. Cependant, le champ d'application exact de cette obligation a fait l'objet de débats. En effet, cette obligation d'enregistrement, prévue par l'article 64-1 du Code de procédure pénale, ne s'applique expressément qu'en matière criminelle. L'article 67 du même Code précise que « les dispositions des articles 54 à 66 sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement ». La volonté du législateur devrait conduire à une application stricte de l'article 64-1 et à considérer que l'article 67 doit être entendu comme étendant l'ensemble des dispositions des articles 54 à 66, à l'exception de celle-ci, en cas d'infraction flagrante punie d'une peine d'emprisonnement. Cette maladresse de rédaction du

¹ Préc..

² Pour la garde à vue voir Crim. 16 février 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°195 note CHAVENT-LECLERE (A.S.). Pour les enregistrements de la première comparution voir Crim. 3 mars 2010, *Procédures* 2010 Comm. n°247 note CHAVENT-LECLERE (A.S.) ; *AJ pén.* 2010 p. 294 obs. ASCENSI (L.).

³ Crim. 1^e avril 2009, *AJ pén.* 2009 p. 271 obs. DUPARC (C.).

législateur, illustrant les difficultés liées aux réformes ponctuelles des dispositions relatives aux mesures de contrainte, peut, cependant, inquiéter. En effet, cette absence de conciliation des dispositions résultant des différentes lois a permis à certaines juridictions du fond d’aller au-delà de la volonté du législateur et d’annuler des interrogatoires de garde à vue non filmés alors même que l’interrogatoire ne concernait qu’un délit¹. Une telle jurisprudence était, certes, conforme à une application littérale du texte de l’article 67, mais non à une application téléologique de l’ensemble de ces dispositions. Si une telle jurisprudence pouvait, dans un premier temps, être accueillie comme un renforcement de la protection de la dignité des personnes gardées à vue, elle pouvait, dans un second temps, être dénoncée comme venant paralyser les procédures au détriment de la recherche de la vérité, en particulier lorsque l’on songe aux difficultés matérielles auxquelles se sont heurtés les services de police lors de la mise en œuvre de l’enregistrement des gardes à vue des mineurs. La Cour de cassation, saisie d’un pourvoi dans l’intérêt des droits de l’homme relatif à cette question, a considéré dans un arrêt du 2 décembre 2009 « qu’en statuant ainsi, alors que l’obligation d’enregistrement des interrogatoires de garde à vue, prévue à l’article 64-1 du Code de procédure pénale, n’est applicable qu’en matière criminelle, la cour d’appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé »². Afin d’éviter tout débat, le législateur a procédé à un travail de conciliation de ces dispositions et indiqué la portée exacte de cette nouvelle obligation. Ainsi la loi du 12 mai 2009³ a modifié l’article 67 du Code de procédure pénale. Désormais, celui-ci indique que « les dispositions des articles 54 à 66, à l’exception de celles de l’article 64-1, sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d’emprisonnement ». Le législateur réserve ainsi expressément l’obligation d’enregistrement aux crimes.

845. La loi du 5 mars 2007⁴ avait prévu que ces dispositions ne s’imposeraient qu’à compter du premier jour du quinzième mois suivant la publication de la loi, à savoir le 1^{er} juin 2008. Jusqu’à cette date, l’enregistrement n’était que facultatif. Deux ans après l’entrée en vigueur de ces dispositions, soit au 1^{er} juin 2010, le Gouvernement devait présenter au Parlement un rapport sur le bilan de la mise en œuvre de cet enregistrement audiovisuel et présenter « les possibilités d’une extension de ces dispositifs ». Ce rapport ne semble pas avoir été remis. Le rapport Léger du 1^{er} septembre 2009 proposait d’étendre cet enregistrement à la retenue judiciaire. Cependant, il ne s’agissait que d’une simple faculté et non d’une obligation. L’avant-projet de Code de procédure

¹ Il semblerait que les Cours d’appel de Versailles et de Pau notamment aient retenu une telle interprétation contrairement aux Cours d’appel de Lyon et de Nîmes.

² Crim. 2 décembre 2009, *AJ pén.* 2010 p. 200 obs. DUPARC (C.)

³ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures.

⁴ Préc..

pénale du 1^{er} mars 2010 proposait de permettre l'enregistrement des auditions des personnes placées en garde à vue en matière correctionnelle « sur décision de l'officier de police judiciaire ou du procureur de la République ou sur demande de la personne gardée à vue ». Toutefois, une réserve était immédiatement formulée. Selon l'article 327-18 *in fine*, « en toute matière, lorsque la personne a exercé son droit à être assistée par un avocat lors de ses auditions, dans les conditions prévues à l'article 327-17, il n'est pas procédé à leur enregistrement audiovisuel, sauf instruction expresse du procureur de la République ». L'avant-projet de Code soulignait le caractère fondamental de cette formalité. En effet, l'article 327-22 prévoyait que « lorsque l'enregistrement n'a pas été effectué sans raison valable et que tout ou partie du contenu du procès-verbal d'audition fait l'objet d'une contestation, aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de la partie contestée de cette audition ». Toutefois, l'avant-projet de loi de septembre 2010 et le projet de loi soumis au conseil des ministres le 13 octobre 2010 se contentaient de reprendre les dispositions alors en vigueur sur ce point. La loi du 14 avril 2011, quant à elle, n'a apporté aucune réelle modification en la matière, le législateur ayant simplement supprimé le renvoi aux dispositions applicables aux mineurs quant à la consultation et à la destruction de l'enregistrement et intégré directement à l'article 64-1 ces dispositions.

846. L'effectivité de la dignité au sens strict impose également de prendre en compte la santé de l'individu contraint.

B- La protection de la santé

847. Les atteintes à la dignité humaine étant appréciées *in concreto*, notamment au regard de l'état de santé et de l'âge de la personne soumise à une mesure de contrainte, le législateur français a dû, peu à peu, prendre des dispositions afin de s'assurer que le recours aux mesures de contrainte privatives de liberté, en particulier à la garde à vue, est conforme à cet état de santé. L'individu contraint s'est, dès lors, vu reconnaître un droit à un examen médical (1^o). De plus, l'état de santé de l'individu contraint peut conduire à une certaine adaptation de la mesure au nom du respect de la dignité humaine (2^o).

1^o/ L'examen médical de l'individu contraint

848. Si le législateur a reconnu progressivement à l'individu contraint un droit à un examen médical, ce droit est encore aujourd'hui restreint et sa mise en œuvre variable.

849. Un droit restreint. En vertu de l’article 63-3 du Code de procédure pénale, la personne gardée à vue peut faire l’objet d’un examen médical. Cette possibilité a été instituée par le Code de procédure pénale de 1959. Cependant, l’examen ne pouvait alors avoir lieu qu’après vingt-quatre heures de garde à vue et ne pouvait être demandé que par la personne soumise à cette mesure¹. Depuis les lois des 4 janvier² et 24 août 1993³, l’examen médical peut être sollicité par la personne placée en garde à vue à tout moment ou par un membre de la famille, ou décidé d’office par le procureur de la République ou l’officier de police judiciaire. Cet examen peut avoir lieu une seconde fois en cas de prolongation de la garde à vue.

Selon la loi du 31 décembre 1970⁴, les personnes impliquées dans une affaire de stupéfiants devaient faire l’objet d’un examen médical chaque jour de la garde à vue. Aujourd’hui, dans le cadre de la criminalité organisée, cet examen n’est plus journalier, mais il est automatique après la première prolongation et la personne peut par la suite demander un nouvel examen.

Ainsi, à part l’examen suivant la première prolongation dans le cadre d’une procédure relative à une infraction de criminalité organisée, l’examen médical n’est pas systématique et doit être demandé ou décidé d’office par les services de police ou le procureur de la République. Cette restriction peut paraître regrettable au regard de la protection de la dignité humaine. De plus, la liste des personnes pouvant la demander est limitative, ce qui réduit encore une fois quelque peu l’efficacité de cette mesure⁵. Toutefois, en cas de demande d’un tel examen, celui-ci est de droit, il ne peut être refusé.

850. Aucune disposition ne prévoit spécifiquement un examen médical en cas de détention provisoire. Cependant, la loi du 24 novembre 2009⁶ a prévu, de manière générale pour toute personne incarcérée, que dès son admission dans un établissement pénitentiaire, celle-ci fera l’objet d’un « bilan de personnalité et de santé [...] à l’issue d’une période d’observation pluridisciplinaire ».

¹ CADENE (J.), *La preuve en matière pénale Essai d’une théorie générale*, op. cit., p. 120.

² Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

³ Loi n°93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁴ Loi n°93-1013 du 24 août 1993 portant réforme de la procédure pénale.

⁵ TRUCHE (P.), « Introduction générale », in sous la direction de CHARLOT (P.), *L’intervention du médecin en garde à vue*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 9 et 10.

⁶ Préc..

851. En revanche, aucune disposition similaire n'était prévue en matière de vérification d'identité ou de retenue douanière. Le rapport Léger excluait un tel examen lors de la retenue judiciaire. De même, ni l'avant-projet de Code de procédure pénale, ni l'avant-projet de loi relatif à la garde à vue de septembre 2010, ni le projet de loi présenté au conseil des ministres le 13 octobre 2010 ne reconnaissaient un tel droit à la personne soumise à une retenue douanière. La loi du 14 avril 2011, quant à elle, étend l'examen médical à la retenue douanière, l'article 323-5 du Code des douanes renvoyant désormais à l'article 63-3 du Code de procédure pénale.

852. Une mise en œuvre variée. L'examen médical prévu au cours de la garde à vue se déroule soit dans une unité médico-légale, soit dans les locaux de police. Une circulaire interministérielle applicable à compter du 15 janvier 2011 impose l'examen médical du gardé à vue au sein des unités médico-légales lorsque le ressort judiciaire en est doté. Selon une réponse ministérielle en date du 21 juin 2011, quarante-huit ressorts judiciaires sont dotés d'une telle unité. Parmi ceux-ci, sept bénéficient d'une équipe médicale mobile. Dans cette hypothèse, l'examen se réalise dans les locaux de police judiciaire. En revanche, pour le reste du territoire, le ministre souligne que « les pratiques existantes peuvent perdurer dans le cadre du réseau de proximité ». L'examen est alors réalisé par un médecin libéral qui se rend dans les services de police. Certes, les examens à l'hôpital se déroulent dans de meilleures conditions. Cependant, l'examen dans les locaux de police permet au médecin de contrôler les conditions matérielles de détention et de s'assurer de la collaboration des services de police lorsque l'état de santé de la personne placée en garde à vue n'impose pas une hospitalisation mais nécessite une surveillance, par exemple en cas d'asthme¹. Le Garde des sceaux a d'ailleurs, le 5 avril 2011, invité les procureurs de la République et les procureurs généraux à « privilégier des modalités de mise en œuvre de la réforme permettant la réalisation des examens de personnes gardées à vue dans les locaux des services d'enquête »²A la suite de la circulaire du 11 mars 2003, un local spécifique doit être mis à la disposition du médecin pratiquant l'examen médical dans les services de police. Le médecin doit s'assurer que l'état de santé de la personne placée en garde à vue est compatible avec la mesure de contrainte. La jurisprudence n'a, d'ailleurs, pas hésité à retenir l'homicide non intentionnel à l'égard d'un médecin n'ayant pas diagnostiqué la gravité de l'état d'un individu

¹ Voir sur ce point POIRIER (N.), « Le point de vue d'un policier », *in* sous la direction de CHARIOT (P.), *L'intervention du médecin en garde à vue, op. cit.*, p. 119 à 122 ; LANDMAN (H.), « Le point de vue d'un médecin », *in ibid.*, p. 123 à 127.

² Sur l'ensemble de ce point voir Rép. Min. n°100555, JOAN 21 juin 2011, *D.* 2011 p. 1823.

asthmatique décédé en garde à vue¹. L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 reprend l’ensemble de ces dispositions précisant simplement que le médecin doit se prononcer sur « l’aptitude du maintien en garde à vue dans le service où la mesure se déroule »². L’avant-projet de loi relatif à la garde à vue de septembre 2010 et le projet de loi présenté au Conseil des ministres du 13 septembre 2010 précisent que le médecin « se prononce sur l’aptitude au maintien en garde à vue et procède à toutes constatations utiles ».

853. Le médecin intervenant en garde à vue se voit, ainsi, imposer à la fois une mission d’expertise consistant à vérifier la compatibilité de la garde à vue et de l’état de santé, et une mission de soins. Le Code de procédure pénale ainsi que la loi du 14 avril 2009 ne semblent toutefois exiger que la première. Il est regrettable qu’il n’existe pas de documents de référence à la disposition des médecins, ce qui conduit à des pratiques assez hétérogènes quant au contenu de l’examen médical. « Pour les uns, le médecin requis n’intervient en garde à vue que comme auxiliaire de justice, devant avant tout, voire uniquement, faciliter le déroulement de la procédure judiciaire ; pour les autres, le médecin requis reste un soignant, qui intervient dans des conditions et un cadre particuliers »³.

L’institution de cet examen a rencontré de nombreuses réticences de la part des services de police en raison notamment des difficultés que cela engendrerait pour le déroulement des interrogatoires⁴. De plus, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que ces règles ne sont pas d’ordre public et que leur violation n’entraîne la nullité de la mesure que si elle porte atteinte aux droits de la partie concernée⁵.

854. S’inspirant de ces diverses dispositions, le décret du 1^{er} avril 2010 pris en application de la loi du 24 novembre 2009 prévoit la possibilité pour la personne assignée à résidence sous

¹ Crim. 4 février 2003, pourvoi n°02-81720, inédit.

² Article 327-16 de l’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

³ CHARIOT (P.), « Pratiques médicales en garde à vue en France », in sous la direction de CHARIOT (P.), *L’intervention du médecin en garde à vue, op. cit.*, p. 11 à 16. Voir également FIDALGO (L.) « Le point de vue d’un médecin libéral », in sous la direction de CHARIOT (P.), *L’intervention du médecin en garde à vue, op. cit.*, p. 79 à 89 ; BOT (Y.), « Le point de vue d’un magistrat », *ibid.*, p. 99 à 101 ; MEYNIER (P.), « Le point de vue du policier », *ibid.*, p. 103 à 112.

⁴ ESSAÏD (M.J.), *La présomption d’innocence*, éd. La Porte, Rabat, 1971, n°373, 380 et 381 ; MATSOPOULOU (H.), *Les enquêtes de police*, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, Paris, 1996, n°798 à 812.

⁵ Crim. 25 février 2003, *Bull.* n°50.

surveillance électronique de demander à tout moment qu'un médecin vérifie que « la mise en œuvre de ce procédé ne présente pas d'inconvénient pour sa santé »¹.

855. Le législateur a ainsi reconnu progressivement un droit à un examen médical de la compatibilité des mesures de contrainte les plus graves avec la santé. Il renforce ainsi la protection de la dignité. L'effectivité de la dignité au sens strict suppose enfin une certaine adaptation de la mise en œuvre de la contrainte au regard de l'état de santé de l'individu contraint.

2°/ L'adaptation de la contrainte

856. L'examen médical doit être suivi des mesures les plus adaptées à l'état de santé de l'individu contraint. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité de prévention de la torture considèrent que l'absence de soins médicaux ou même un retard injustifié constituent un traitement inhumain².

857. La garde à vue. Si le médecin considère que l'état de santé de la personne placée en garde à vue n'est pas compatible avec le déroulement de cette mesure dans les locaux de police, elle aura lieu dans le cadre d'une hospitalisation sous surveillance policière. La Cour de cassation considère que cette hospitalisation ne suspend pas les délais de la garde à vue, y compris le délai d'intervention d'un avocat³. En outre, si l'état de santé de la personne placée en garde à vue le nécessite, le médecin peut prescrire des médicaments ou ordonner la poursuite d'un traitement préalable⁴. La difficulté est de savoir qui prendra en charge le coût de ces médicaments. La loi du 17 janvier 2002⁵ a prévu à l'article L.251-1 du Code de l'action sociale et de la famille que toute personne gardée à vue bénéficie de l'aide médicale de l'Etat. L'entrée en vigueur de cette

¹ Décret n°2010-355 du 1er avril 2010 relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la protection des victimes de violences au sein du couple, pris en application de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *JORF* n°0079 du 3 avril 2010 p. 6498.

² CEDH 28 janvier 1994, *Hurtado c/ Suisse*, Requête n° 17549/90. Voir CERE (J.P.), « Le détenu malade : le traitement du droit européen », *AJ pén.* 2010 p. 325 à 329.

³ Crim. 27 mai 1997, *Bull.* n°204 ; Crim. 13 octobre 1998, *Bull.* n°254.

⁴ Voir ROUGE-MAILLART (C.), « Le point de vue d'un médecin légiste », *in* sous la direction de CHARIOT (P.), *L'intervention du médecin en garde à vue, op. cit.*, p. 67 à 69 ; JACQUET-FRANCILLON (T.), « Le point de vue d'un médecin urgentiste », *in ibid.*, p. 71 à 77.

⁵ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

disposition était subordonnée à la publication d’un décret qui n’a, semble-t-il, toujours pas été publié, laissant sans réponse réelle la question de la prise en charge du coût de ces médicaments¹.

858. Par ailleurs, par une interprétation téléologique de l’article 63-3 du Code de procédure pénale, un arrêt semble poser de nouveaux principes en la matière renforçant la protection de la dignité humaine. En effet, dans un arrêt du 27 octobre 2009, la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît estimer que la garde à vue doit prendre fin dès constat de l’incompatibilité des conditions de la mesure avec l’état de santé de la personne, même si des examens médicaux ultérieurs remettent en cause ce constat. Ainsi, si l’hospitalisation est possible, la mesure de garde à vue peut être maintenue, à défaut, la personne doit être libérée. En outre, la Cour de cassation considère que « la poursuite de la garde à vue d’une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts »². L’atteinte à la dignité constitue ainsi une cause de nullité pour grief intrinsèque présumé de manière irréfragable.

859. La détention provisoire. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, « on ne saurait considérer qu’un placement en détention provisoire pose en soi un problème sur le terrain de l’article 3 de la Convention. De même, cet article ne peut être interprété comme établissant une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé ou de le placer dans un hôpital civil afin de lui permettre d’obtenir un traitement médical d’un type particulier. Néanmoins, l’article 3 de la Convention impose à l’Etat de s’assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d’exécution de la mesure ne soumettent pas l’intéressé à une détresse ou à une épreuve d’une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard, aux exigences pratiques de l’emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l’administration des soins médicaux requis »³. Ainsi, dans l’affaire Kudla contre Pologne, la Cour européenne des droits de l’homme a considéré qu’il n’y

¹ Voir sur ce point LATOURNERIE (D.), « Le droit aux soins de la personne placée en garde à vue », *in ibid.*, p. 53 à 59.

² Crim. 27 octobre 2009, D. 2010 p. 245 obs. DELAGE (P.J.) ; JCP 2010 note 85 GUERIN (M.C.) ; *Procédures* 2010 Comm. n°91 obs. BUISSON (J.) ; *AJ pén.* 2010 p. 37 obs. GIRAULT (C.).

³ CEDH 26 octobre 2000, Kudla contre Pologne, Requête n° 30210/96, §93 et 94, *Gaz. Pal.* 2001 JP p. 1494 note Pettiti (L.E.).

avait pas atteint à l'article 3 de la Convention puisque la personne détenue était soumise au suivi psychiatrique et médical nécessité par son état de santé.

860. Le législateur français prend en compte cette exigence. En effet, en vertu de l'article D.53 du Code de procédure pénale, la personne placée en détention provisoire doit être incarcérée dans une maison d'arrêt équipée des installations convenant à son état de santé ou à son âge. De plus, si pendant la détention le psychiatre signale des troubles psychiatriques au juge d'instruction, le détenu est, selon les possibilités, soit traité dans l'établissement, soit traité dans un service médico-psychologique régional, voir dans un centre hospitalier spécialisé. Cependant, la mise en œuvre de ces dispositions se heurte aux mêmes difficultés que celle du traitement médical et psychiatrique des condamnés¹.

Dans un arrêt du 2 septembre 2009, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a en outre rappelé aux juges du fond qu'ils devaient s'assurer de la compatibilité de la détention provisoire avec l'état de santé de la personne poursuivie lorsqu'ils en étaient saisis. En l'espèce, une chambre de l'instruction avait en effet prolongé une détention provisoire sans répondre à la question de la compatibilité qui était soulevée par un détenu paraplégique et atteint d'une maladie rénale grave². Le caractère absolu de la dignité humaine s'oppose à une prolongation de la détention provisoire incompatible avec l'état de santé du prévenu.

861. Conclusion. Le droit positif français, influencé par les autorités internationales, en particulier le Conseil de l'Europe, est marqué par une évolution progressive dans le sens d'un accroissement de la protection de la dignité humaine entendue au sens strict lorsqu'une personne est soumise à une mesure de contrainte. Cette évolution, accompagnée de nombreux débats et réticences, n'est, cependant, pas encore totalement satisfaisante même s'il est possible de noter les nombreux progrès réalisés depuis le début des années 2000.

¹ Voir pour une condamnation de la France sur le fondement de l'article 3, pour ne pas avoir pris suffisamment en compte l'état de santé d'une condamnée anorexique nécessitant un suivi spécialisé dans une structure adaptée, ce fait étant conjugué à de nombreux transferts et à une décision tardive quant à sa demande de suspension de peine, CEDH 21 décembre 2010, Taddei contre France, Requête n°36435/07 ; *D.* 2011 p. 793 note RENUCCI (J.F.) ; *AJ pén.* 2011 p.129 obs. CERE (J.P.).

² *Crim.* 2 septembre 2009, *Procédures* 2009 Comm. n°425 obs. BUISSON (J.) ; *AJ pén.* 2009 p. 452 note LASSERRE CAPDEVILLE (J.).

862. Cependant, la dignité ne doit plus, aujourd’hui, seulement être entendue au sens strict. Cette notion s’est, peu à peu, étendue. Elle englobe dans une conception large la réputation et l’honneur de la personne. Ceux-ci peuvent être remis en cause par le recours à une mesure de contrainte.

Ch2- La dignité morale

863. Avec l’apparition de l’imprimerie, dès le XVe siècle, se sont développées les premières publications relatant des meurtres et autres agressions. Si l’expression « faits divers » n’apparaît qu’en 1863, au siècle d’or de cette presse¹, leur persistance depuis les débuts de l’imprimerie jusqu’à nos jours montre l’attrait de l’opinion publique pour ces informations². Toute personne mise en cause au cours d’une procédure pénale est présumée innocente. Dès lors se pose la question de la conciliation entre l’information de l’opinion publique et la présomption d’innocence des personnes soupçonnées. En effet, selon certains auteurs, la présomption d’innocence s’applique surtout aux tiers³, c’est-à-dire à l’opinion publique. Si la présomption d’innocence est au cœur des débats, plus largement, c’est le respect de l’honneur et de la réputation, inhérents à tout membre de l’humanité qui est en jeu. A l’égard des tiers, la présomption d’innocence peut en effet être rattachée au respect de ces derniers. Au regard de la valeur fondamentale attachée à la dignité humaine depuis la fin de la seconde guerre mondiale, le respect de l’honneur, de la réputation et de la présomption d’innocence sont ainsi devenus des objectifs fondamentaux des Etats. Cependant, la protection de la dignité morale est difficile (I). De plus, au regard du droit positif français il apparaît que la sanction des atteintes qui lui sont portées reste délicate (II).

Section I- La protection bicéphale de la dignité morale

¹ L’apparition de nouveaux modes de communication lui ont donné un nouvel essor.

² Voir notamment BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, PUAM, 2004, n°48 et 89 ; GARCON (E.), « Modification de la loi sur la l’instruction contradictoire », *Rev. Pénit.* 1928 p. 144 à 149.

³ PANSIER (F.J.), « Le juge et l’innocence », *Gaz. Pal.* 1995, 2^e sem. Doct. p. 1002 à 1006.

864. La dignité morale de l'homme contraint peut être protégée par les moyens antagonistes que sont le secret et la publicité des mesures de contrainte (§1). La conciliation de ces moyens est rendue indispensable par l'incertitude caractérisant la phase préalable au jugement (§2).

§1- Des moyens antagonistes

865. Le secret paraît être le moyen naturel de protection de la dignité morale de l'homme contraint (A). Toutefois, la publicité assure également cette protection. Ce rôle de l'information a été mis en exergue par l'accession de la liberté d'expression au rang de valeur fondamentale des Sociétés démocratiques (B).

A- Un moyen naturel : le secret

866. Le secret de la phase préalable au jugement, au cœur de laquelle se situent les mesures de contrainte, permet de protéger des intérêts divers (1°). Il permet plus spécifiquement d'éviter certaines perversions de l'information portant atteinte à la dignité morale de l'individu contraint (2°).

1°/ La protection d'intérêts divers

867. Le secret permet de protéger à la fois des intérêts publics et des intérêts privés.

868. Des intérêts publics. Si le Moyen-Age et l'Ancien Régime avaient opté pour le secret quasi-absolu de la phase préalable au jugement, c'est en raison de la recherche de la protection de

divers intérêts publics participant au renforcement du pouvoir royal. En effet, le secret facilite la recherche de la vérité et, par conséquent, la répression, en évitant d’informer le public¹ de l’avancement de cette recherche². Le secret permettait ainsi d’éviter les pressions sur les témoins ou la disparition de certaines preuves. D’ailleurs, l’article 110 de l’Ordonnance de 1498 imposait le secret de l’instruction afin d’« éviter les subornations et les forgeries qui se pourraient faire en telle matière ». De plus, il facilitait l’obtention de l’aveu³. Cependant, dès cette période, il a été admis des exceptions. Ainsi, étaient admis les monitoires permettant, après autorisation de l’Eglise, de demander au public certaines informations⁴.

869. Dans la conception moderne, le secret est également garant de l’indépendance des autorités chargées de la recherche de la vérité. En effet, il permet d’éviter toute pression de l’opinion publique sur les policiers ou le juge d’instruction, notamment en supprimant toute tentation de vedettariat médiatique⁵.

870. Le secret peut aussi être considéré comme un moyen de prévention des atteintes à l’ordre public. Le fait d’informer l’opinion publique de la réalisation de certaines infractions et des détails de celle-ci conduirait à une certaine banalisation des infractions et inciterait à « passer à l’action »⁶. Cette idée est reprise par l’article C.24 alinéa 8 de l’Instruction prise pour l’application du Code de procédure pénale. Celui-ci dispose que « en dehors des cas expressément prévus par textes spéciaux, certaines considérations ou certaines circonstances sont de nature à interdire toute divulgation de renseignements. Il en est ainsi notamment lorsque les affaires sont appelées à être jugées à huis clos ou de nature à révéler des moyens propres à encourager la criminalité ou la délinquance juvénile ».

871. A partir de la fin du XIXe siècle, la doctrine a cherché d’autres fondements au secret⁷.

¹ Et parmi celui-ci les auteurs et complices des infractions.

² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel Tome II Procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001, n°400 ; RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du Code de procédure pénale Rapport à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la Justice*, Janvier 1997, p. 109 et 110 ; BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre, op. cit.*, n°135.

³ ZENATI (F.), « Loi n°85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d’instruction en matière pénale », *RTDCiv* 1986 p. 238 à 242.

⁴ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre, op. cit.*, n° 87, 88 et 90.

⁵ RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du Code de procédure pénale Rapport à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la Justice, op. cit.*, p. 110.

⁶ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre, op. cit.*, n°129 et 130.

⁷ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre, op. cit.*, n°140.

872. Des intérêts privés. Il a été souligné que le secret de la procédure permet également de protéger des intérêts privés en particulier la présomption d'innocence et l'honneur de la personne mise en cause. L'article C21 alinéa 2 de l'Instruction générale prise pour l'application du Code de procédure pénale justifie ainsi la consécration du silence de l'instruction par l'article 11 du Code de procédure pénale. En effet, l'Instruction générale souligne que « le secret a plus particulièrement pour objet d'éviter que des soupçons viennent peser publiquement sur un innocent auquel serait ainsi causé un préjudice injustifié et le plus souvent irréparable ».

873. De plus, le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme énumère les limites possibles à la liberté d'expression. Parmi celles-ci, se trouve la réputation d'autrui. Enfin, la loi du 15 juin 2000 a expressément posé comme limite à la publicité du débat contradictoire relatif au placement ou au maintien en détention provisoire le respect de la dignité de la personne et les intérêts des tiers¹.

874. Le secret constitue, en effet, un obstacle aux perversions de l'information.

2°/ Un obstacle aux perversions de l'information

875. L'information relative aux mesures de contrainte risque de conduire à une atteinte à la dignité morale de l'individu en raison de l'interprétation qu'elle permet. Un dédoublement fonctionnel de la contrainte apparaît alors.

876. L'interprétation de la contrainte. Si la contrainte constitue en soi une information objective, c'est l'interprétation du recours à certaines mesures, telles que la détention provisoire, la garde à vue ou dans une moindre mesure les perquisitions, qui provoque l'atteinte à la dignité morale. En effet, bien souvent, la contrainte est interprétée par l'opinion publique comme un préjugement. Tout le roman de Kafka, le Procès, est d'ailleurs basé sur l'idée que l'arrestation est

¹ Articles 145 alinéa 6 et 199 alinéa 1^{er} du CPP.

synonyme de culpabilité. Certes, il ne s’agit que d’un roman et l’idée y est poussée à l’extrême. Cependant, il est possible de s’interroger sur les réactions quotidiennes de l’opinion publique lorsqu’elle apprend par le biais des médias que dans telle ou telle affaire une personne a été arrêtée et placée en garde à vue, voire par la suite placée en détention provisoire¹. Cela est, d’ailleurs, bien souvent renforcé par la présentation des faits par les journalistes, ceux-ci utilisant régulièrement des expressions contraires à la présomption d’innocence et posant de véritables présomptions de culpabilité. Ainsi, comment interpréter une phrase, pourtant répétée régulièrement par les divers médias, telle que « un individu a été interrogé par la police, mais libéré à l’issue de sa garde à vue » ? Pourquoi ce « mais » est-il utilisé ? Cela implique-t-il que la personne placée en détention provisoire à l’issue de sa garde à vue est nécessairement l’auteur des faits et, dès lors, que sa mise en liberté est suspecte ? A l’inverse si la personne a été laissée en liberté à l’issue de sa garde à vue, cela signifie-t-il qu’elle est innocente ? Au regard des règles de la procédure pénale et du principe de liberté, il apparaît que la réponse à ces deux questions est négative. Une présentation totalement objective de l’information supposerait une autre formulation telle que « un individu a été interrogé par la police et libéré à l’issue de sa garde à vue ». Les autorités publiques ou médiatiques ne doivent se livrer à aucun commentaire pouvant être analysé comme un pré-jugement quant à la culpabilité de cette personne comme l’a rappelé la Cour européenne des droits de l’homme à plusieurs reprises². Le secret absolu ne pouvant être exigé dans la Société de communication actuelle, afin d’éviter toute expression subjective, il serait peut-être préférable au moment de la diffusion de l’information d’utiliser les expressions retenues par le législateur comme conditions préalables à la contrainte, même si celles-ci ne sont pas toujours très explicites³. De plus, il est également souhaitable que l’identité de la personne contrainte reste secrète.

877. Cette idée de pré-jugement serait, pour certains, renforcée par l’organisation de la contrainte. A ce titre, le pré-jugement de l’individu contraint serait déduit, paradoxalement, de l’indépendance des magistrats titulaires de la mesure. Cette idée est régulièrement avancée en matière de détention provisoire⁴. Elle fait ainsi partie des arguments avancés à l’encontre de la collégialité de l’autorité compétente pour décider de cette mesure. En effet, lors des diverses

¹ Voir notamment ADER (H.), « La détention provisoire », *in* sous la direction de ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *La procédure pénale Bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 53 à 63.

² CEDH 10 février 1995, *Allenet de Ribemont contre France*, Requête n° 15175/89.

³ Cf. *supra* n°128 et s..

⁴ ROMNICIANU (M.), « L’incompatibilité de la présomption d’innocence avec l’indépendance du parquet et la juridiction d’instruction », *D.* 1999 n°41 Point de vue p. IV.

propositions tendant à instaurer une telle collégialité, il a été noté qu'elle risquait d'aggraver la présomption de culpabilité attachée au placement en détention provisoire dans l'esprit de l'opinion publique. L'opinion publique interpréterait un placement en détention provisoire ordonné par plusieurs magistrats comme l'indice de la culpabilité du suspect.

878. Par ailleurs, il est assez troublant que les détenus provisoires soient placés dans les mêmes établissements que les personnes condamnées. Certes, il ne s'agit en principe que de personnes condamnées à de faibles peines de prison. Cette absence de séparation risque de créer un amalgame dans l'esprit de l'opinion publique. De plus, la surpopulation carcérale conduit à incarcérer dans les mêmes établissements détenus provisoires et condamnés en fin d'exécution de peine même s'ils ont été initialement condamnés à des peines supérieures. La création d'établissements réservés aux détentions provisoires ou le développement des alternatives à celles-ci permettraient, ainsi, non seulement de lutter contre la surpopulation carcérale et de permettre un meilleur respect de la dignité physique, mais aussi de renforcer le respect de la dignité morale par les tiers.

879. En outre, « temps judiciaire » et « temps médiatique » sont totalement différents¹. A titre d'exemple, il est étonnant au regard de la présomption d'innocence, de voir, comme cela a été le cas au cours de l'été 2008, certains médias interroger des experts, ne connaissant l'affaire que par l'intermédiaire des premiers, pour savoir si une personne pourra être jugée ou devra être reconnue atteinte de troubles psychiques causes de non-imputabilité. Cela se déroulait moins de vingt-quatre heures après l'arrestation de l'individu et environ une semaine après le meurtre d'un enfant. Il avait été indiqué qu'au cours de son interrogatoire cette personne a affirmé « réaliser une mission divine » et nié les faits. Le « temps judiciaire » est nécessairement long. L'enquête et l'instruction constituent, en effet, une recherche de la vérité basée sur des éléments solides nécessitant un certain délai de vérifications et soumis à certaines formalités. La procédure pénale est régie par le principe de célérité qui suppose, certes, que les autorités judiciaires au sens large ne perdent pas de temps inutile, mais également qu'elles n'aillent pas trop vite afin que soient respectés les droits et libertés de tous². A l'inverse, le « temps médiatique » est régi par la volonté

¹ Voir notamment TOUZELLIER (B.), « Les affaires dans la presse : traitement et dérives », *in Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 7 à 8 ; BERTHOMET (S.), BUREAU (P.), ALT (E.) et ARON (M.), « « Temps judiciaire » et « Temps médiatique » Collision d'un tempo et de logiques différentes propres aux différents acteurs de la procédure (policiers, avocats, magistrats, journalistes) », *in ibid.*, p. 9 à 22.

² Voir notamment STAEGER (S.), *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, Thèse Lyon 3, 2002.

d’informer l’opinion publique dans un cadre concurrentiel. Celui-ci va accélérer ce « temps médiatique » déjà très rapide en raison des attentes de l’opinion publique. Le « temps médiatique » est en grande partie déterminé par ce qu’il est possible d’appeler le « temps de l’opinion publique ». Lorsqu’une infraction considérée comme très grave par l’opinion publique a été commise, les victimes, leurs familles, ainsi que l’ensemble de l’opinion publique, attendent une réaction rapide de la part des autorités. Très souvent, le trouble et l’inquiétude provoqués par cette infraction ne s’apaiseront que lors de l’arrestation et de l’incarcération d’une personne rapidement relayées par les médias. L’arrestation et la détention provisoire vont « satisfaire le besoin de dénouement »¹ de l’opinion publique.

880. Apparaît alors le dédoublement fonctionnel de certaines mesures de contrainte.

881. Le « dédoublement fonctionnel » de la contrainte. Le procès médiatique conduirait à un jugement de fait² anticipant le jugement judiciaire. Avec la médiatisation des affaires pénales dès le début de l’enquête, il existerait, parfois, dans les affaires les plus graves pour l’opinion publique, un déplacement du jugement, celui-ci ayant lieu au stade de l’enquête et de l’instruction. En raison de la lenteur de la procédure pénale, procureur de la République, juge d’instruction et juge des libertés et de la détention prendraient symboliquement la place des juridictions de jugement³. Il s’agirait, ainsi, de la mise en pratique de la théorie du dédoublement fonctionnel de Georges Scelle issue de l’observation du droit international public des années 1930. En résumé, selon cette théorie, l’ordre juridique international n’ayant pas d’organes propres, ce sont les institutions internes qui jouent tour à tour les rôles dévolus à l’ordre juridique international. Ces institutions internes agissent alors en même temps pour leur compte et pour le compte de la collectivité internationale⁴. Dans le même sens, les autorités chargées de la recherche de la vérité par la mise en œuvre des mesures de contrainte procéderaient à la fois à cette recherche et à un jugement anticipé des personnes soumises à ces mesures en raison d’une certaine défaillance des autorités de jugement liée, notamment, à la durée des procédures.

¹ LOMBOIS (C.), « La présomption d’innocence », *Pouvoirs* 1990 n°55 p. 81 à 88.

² LOMBOIS (C.), « La présomption d’innocence », préc.

³ Voir notamment VERIN (J.), « La détention préventive et la criminologie (2^e partie) », *RSC* 1969 p. 917.

⁴ Pour plus de précisions voir SCELLE (G.), *Manuel de droit international public*, Montchrestien, 1948, p. 22 ; SCELLE (G.), *Précis du droit des gens Principes et systématique*, Sirey, 1934, p. 10.

882. La détention provisoire est la mesure de contrainte qui illustre le plus ce constat même s'il est possible d'étendre certaines remarques à l'arrestation et à la garde à vue. En effet, par sa durée et sa gravité, la détention provisoire focalise toute l'attention et fait figure pratiquement de peine. Pour une partie de l'opinion publique, laisser libre une personne suspectée d'être l'auteur d'un fait grave serait «une mesure d'indulgence, qui préjuge de la légèreté inévitable de la condamnation qui suivra, et qui fait scandale»¹. A l'inverse, l'émotion que provoque l'acquittement ou la relaxe d'une personne ayant effectué une détention provisoire relativement longue peut être comparée à l'émoi que provoque la preuve de l'innocence d'un condamné ayant effectué sa peine d'emprisonnement. Il y aurait, en quelque sorte, erreur judiciaire. Il semble, par conséquent, que l'opinion publique assimile privation de liberté avant jugement et peine privative de liberté.

883. Cette assimilation se retrouve, d'ailleurs, en droit du travail. Selon une jurisprudence constante, quand un salarié est placé en détention provisoire, son contrat de travail n'est que suspendu. Néanmoins, quand cette mesure se prolonge au-delà des délais compatibles avec la bonne marche de l'entreprise, elle entraîne la rupture du contrat de travail, ce délai étant laissé à l'appréciation de l'employeur. Pourtant, la même solution s'applique en cas d'emprisonnement suite à une condamnation².

884. En outre, il est régulièrement reproché aux juridictions de jugement de prononcer des peines privatives de liberté dont la durée est égale à celle de la détention provisoire effectuée afin de ne pas désavouer l'instruction. La durée de la détention provisoire s'impute sur celle de la peine de manière obligatoire depuis la loi de 1970. Avant cette réforme, l'imputation n'était que facultative. Si le juge refusait de prononcer l'imputation et qu'il condamnait la personne soumise à une détention provisoire à une forte peine d'emprisonnement ou de réclusion, il pouvait arriver que la privation de liberté soit au total plus longue que celle prévue par le législateur. Conscient de cet inconvénient, le législateur a rendu l'imputation obligatoire, assimilant encore plus détention provisoire et peine privative de liberté. Il semblerait même que les juges aient tendance à utiliser moins facilement le sursis ou les substituts à l'emprisonnement quand la détention provisoire a été longue, ou à affecter la peine d'un sursis partiel, la partie ferme correspondant à la durée de la détention provisoire³. Plusieurs études, dans les années soixante,

¹ CHAMBON (P.) note sous Crim. 25 octobre 1983, *D.* 1984 p. 404.

² DANTI-JUAN (M.), « Licenciement et droit pénal : analyse du droit positif et critique de certaines solutions », *RSC* 1989 p. 710 à 722.

³ STEFANI (G.), BOULOC (B.) et LEVASSEUR (G.), *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 16^e édition, 1996, p. 557.

ont, d’ailleurs, montré que la détention provisoire augmentait sensiblement pour un accusé les risques d’être condamné¹. Si ces études sont anciennes et menées à l’étranger, lors d’une enquête menée en France, des juges d’instruction ont reconnu que les juridictions de jugement étaient influencées par le placement et le maintien ou non d’une personne en détention provisoire². L’existence d’un avant procès médiatique renforcerait cette influence, en particulier lorsque l’affaire est jugée par une Cour d’assises composée en partie de jurés³.

885. Un minimum de secret paraît, dès lors, indispensable. Il ne peut, toutefois, être absolu. En effet, la publicité de la contrainte assure l’effectivité du respect de la dignité morale.

B- Un moyen récent : la publicité

886. La liberté d’information, corollaire de la liberté d’expression, a, aujourd’hui, une valeur fondamentale (1°). Elle est d’autant plus importante lors de la phase préalable au jugement pénal qu’elle va permettre une certaine légitimation des mesures de contrainte (2°).

1°/ La valeur fondamentale de la liberté d’information

887. La valeur fondamentale de la liberté d’information a été reconnue aussi bien en droit interne qu’en droit européen.

888. En droit interne. La liberté d’expression est proclamée par l’article 11 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen. Selon cet article, « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire,

¹ Voir VERIN (J.), « La détention préventive et la criminologie », *RSC* 1969 p. 707 ; ROUSSELET (M.), « A propos de la détention préventive et de son incidence sur la décision finale », *RSC* 1965 p. 215.

² LENOIR (R.), *Processus pénal et détention provisoire*, Ecole des Hautes Etudes en sciences sociales, 1994, en particulier p. 181 à 183.

³ Voir notamment HENNION (P.), *Preuve pénale et droits de l’homme*, Thèse Nice 1998 ; LOMBOIS (C.), « La présomption d’innocence », préc..

imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Alors que de nombreux articles de la Déclaration ont fait l'objet de débats passionnés, l'adoption de l'article 11 a été assez rapide. La rédaction retenue correspond pratiquement à celle proposée initialement par La Rochefoucauld. Si quelques membres de l'Assemblée, notamment Robespierre, ont critiqué ce texte en défendant une liberté totale de la presse, le principe était en réalité déjà acquis. Il avait, en effet, été défendu par de nombreux Cahiers de doléances et le Roi lui-même l'avait retenu dans la Déclaration de ses intentions aux Etats Généraux du 25 juin 1789¹. Cette liberté était conçue comme devant permettre la liberté d'impression et le droit d'informer les citoyens. La presse devait, par conséquent, selon les termes de l'article 11 être soumise à un simple régime répressif des abus commis. Au titre de ces abus peuvent être retenus les atteintes aux droits des tiers tels que la présomption d'innocence. Cependant, jusqu'à l'adoption de la loi de 1881, le droit français s'est caractérisé, en la matière, par de nombreuses réformes, reflets de l'instabilité politique d'alors. La presse était soumise alternativement soit à un système d'autorisation préalable, soit à la censure, soit à un régime répressif libéral. Finalement la loi du 29 juillet 1881 a mis en place, conformément à la lettre de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, un système purement répressif. Si l'on fait abstraction de la censure mise en place pendant les deux guerres mondiales et du système d'autorisation préalable institué à la Libération et supprimé par la loi du 28 février 1947, depuis 1881 le droit français respecte toujours ce système libéral².

889. La Déclaration de 1789 ayant été intégrée au bloc de constitutionnalité, la liberté d'expression a aujourd'hui valeur constitutionnelle. Cependant, la multiplication des moyens de communication a amené le Conseil Constitutionnel à interpréter l'article 11. Dans sa décision des 10 et 11 octobre 1984 dite *Entreprises de presse*, le Conseil Constitutionnel a rappelé que l'existence de la liberté d'expression « est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés ». Désormais, la liberté de la presse est, par conséquent, garante des droits de l'homme. L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme dans l'esprit de ses rédacteurs était entendu uniquement comme le droit d'informer, comme « la liberté des auteurs et des éditeurs ». Toutefois, le Conseil Constitutionnel a estimé que la liberté de la presse, composante de la liberté

¹ LE MIRE (P.), « L'article 11 », *in* sous la direction de CONAC (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1788*, Economica, 1993, p. 225 à 241.

² Pour plus de précisions sur l'histoire de la liberté de la presse en France voir COLLIARD (C.A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Précis, 8^e édition 2005, n°407 à 429 ; ROBERT (J.) et DUFFAR (J.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 8^e édition, 2009, p. 573 à 607.

d’expression, implique le droit d’informer ainsi que le droit à être informé¹. En l’interprétant comme étant également la liberté des lecteurs, le Conseil Constitutionnel a ainsi « rajeuni » la Déclaration de 1789² et l’a fait évoluer de manière conforme aux engagements internationaux de la France.

890. En droit européen. L’article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, quant à lui, stipule que « toute personne a droit à la liberté d’expression. Ce droit comprend la liberté d’opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées sans qu’il puisse y avoir ingérence d’autorités publiques et sans considération de frontière [...] ». Au niveau européen, la liberté d’expression comprend, par conséquent, à la fois le droit d’informer et le droit à être informé. Cependant, cette liberté n’est pas totale. La Convention européenne autorise les Etats à instaurer certaines limites. Ainsi, le paragraphe deux de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme prévoit la possibilité pour les Etats de soumettre la liberté d’expression à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, afin d’assurer, notamment, la protection de la réputation d’autrui.

891. La Cour européenne des droits de l’homme estime, sur le fondement de cet article, que la presse est l’un des fondements d’une Société démocratique, le « chien de garde de la démocratie »³. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, comme pour le Conseil Constitutionnel français, la presse, entendue comme tout moyen d’information, est à la fois soumise au respect des droits des tiers et une garantie de ceux-ci.

892. En effet, la publicité des affaires pénales, et plus particulièrement des mesures de contrainte, leur assure une certaine légitimité.

¹ Cons. Const. Décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984 Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

² JEANNEAU (B.), « Juridicisation et actualisation de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen », *Rev. Pénit.* 1989 p. 635.

³ CEDH 21 janvier 1999, Fressoz et Roire contre France, Requête n°29183/95.

2°/ La légitimation de la contrainte

893. La publicité des mesures de contrainte permet une certaine transparence des décisions ainsi que la protection de la dignité morale des personnes contraintes, renforçant ainsi la légitimité de ces mesures aux yeux de l'opinion publique.

894. La transparence des décisions. L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme dispose que « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Ainsi, dès 1789, l'idée de transparence des décisions de l'Administration se manifeste. Elle apparaît même comme l'une des garanties de la démocratie. Le droit d'être informé des affaires judiciaires paraît être un moyen de cette transparence. D'ailleurs, dès l'Ancien Régime, la publicité faite autour de certaines affaires pénales avait pour but de faire pression sur les magistrats et de dénoncer auprès de l'opinion publique les dysfonctionnements ou défaillances du système judiciaire¹. Rendre publiques les décisions relatives aux différentes mesures de contrainte permettrait ainsi d'assurer une plus grande transparence de la justice, par exemple, en permettant à l'opinion publique de s'assurer de la réelle motivation d'un placement en détention provisoire. La Cour européenne des droits de l'homme considère, quant à elle, que la publicité des débats devant les juridictions est « l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et tribunaux ; [et] que par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6§1 : le procès équitable »². Elle a dans une autre affaire ajouté que le but de la publicité est que le public s'assure de la véracité de la relation des faits lors de l'audience³. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme faisait alors référence au caractère public de l'audience de jugement. Cependant, la possibilité de diffuser des informations relatives aux décisions jalonnant l'ensemble de la procédure semble participer de la même idée. En réalité, la diffusion d'informations par la presse et la publicité des débats judiciaires sont deux manifestations du droit de l'opinion publique à être informée des procédures pénales notamment et ainsi à « contrôler » les décisions prises. La transparence assurée par cette

¹ Voir notamment la multiplication des mémoires rédigés par Voltaire dans l'affaire Calas. Sur l'ensemble de ce point voir ASTAING (A.), *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI^e – XVIII^e siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, PUAM, 1999, n°226 à 239.

² CEDH 21 février 1975, Golder, Requête n°4451/70, §36 ; CEDH 14 novembre 1960, Lawless contre Irlande, Requête n°332/57 ; CEDH 8 décembre 1983, Axen contre Allemagne, Requête n°8273/78, §25.

³ CEDH 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et de Meyere contre Belgique, Requêtes n°6878/75 et 7238/75.

publicité permet d’éviter les soupçons d’arbitraire¹ au cours d’une procédure pénale, soupçon d’autant plus important en cas de mise en œuvre d’une mesure de contrainte.

895. Paradoxalement, la publicité des mesures de contrainte participe également au respect de la dignité morale des individus contraints.

896. La protection de la dignité morale. Outre cette garantie contre l’arbitraire des décisions relatives aux mesures de contrainte, la publicité des débats et la diffusion d’informations à l’opinion publique vont avoir pour effet d’éviter les rumeurs et ainsi de s’assurer que de fausses informations préjudiciables ne circulent. A ce titre, certains préconisent même le respect du contradictoire dans les informations rendues publiques afin d’éviter que l’opinion publique n’ait qu’une information partielle. « A partir du moment où un acteur de l’enquête communique sur l’accusation et sur un droit à la détention provisoire après arrestation, il n’est pas anormal que les avocats estiment nécessaire de devoir communiquer sur la mise en liberté. La liberté est un droit. [...] Cette transparence demandée doit se faire dans l’équilibre et le respect de l’obligation du contradictoire »². La transparence de la procédure, ainsi renforcée, participerait également à la protection de la dignité morale de l’homme contraint.

897. Ainsi secret et publicité des mesures de contrainte sont tout autant nécessaires au respect de la dignité morale de l’homme contraint. La recherche d’un équilibre s’impose.

§2- Une conciliation nécessaire entre publicité et secret

898. Afin d’assurer la protection de la dignité morale, le législateur français a progressivement mis en place un système mêlant un secret renforcé (A) et une publicité strictement encadrée (B).

¹ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, op. cit., n°50 et 190.

² BARELLA (D.), « Quelle serait l’opportunité d’une réforme du dispositif existant ? », in *Droit à l’information et secret de l’enquête et de l’instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 79 à 81.

A- Un secret renforcé

899. Des dispositions variées assurent un secret renforcé au stade de la phase préalable au jugement (1°). Toutefois, ces dispositions doivent encore être précisées (2°).

1°/ Des dispositions variées

900. Au stade de la phase préalable, le secret est assuré par une disposition générale, l'article 11 du Code de procédure pénale. Cette disposition est complétée par des dispositions propres à certaines mesures de contrainte.

901. Une disposition générale. En réaction aux dérives de la procédure d'Ancien Régime favorisées par le secret de la phase préparatoire de la procédure pénale, ce dernier fut dénoncé au moment de la Révolution française. La procédure révolutionnaire était totalement accusatoire et par conséquent publique. Dans la droite ligne de ces idées, le Code d'instruction criminelle n'avait pas prévu expressément le caractère secret de l'enquête et de l'instruction. Cependant, invoquant les avantages certains du secret, une partie de la doctrine estima qu'il résultait de la volonté du législateur. Aussi, la jurisprudence a-t-elle peu à peu, malgré le silence des textes, posé une telle obligation. Des circulaires de 1949 et 1950 l'imposèrent à leur tour de manière plus ou moins stricte¹. Cependant, le secret de l'enquête et de l'instruction n'avait qu'une origine jurisprudentielle et les circulaires n'ont, par hypothèse, aucune force juridique. Aussi, la sécurité juridique en la matière était-elle relative. Au regard des intérêts fondamentaux protégés par le secret, il était essentiel que le législateur intervienne pour lui assurer une base effective et stable.

¹ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, *op. cit.*, n°110.

902. Lors des travaux préparatoires du Code de procédure pénale, un amendement de dernière minute y intégra, sans réelle réflexion, le secret de l’instruction¹. Aussi, l’alinéa 1^{er} de l’article 11 du Code de procédure pénale de 1959 prévoyait-il le secret de l’instruction « sans préjudice des droits de la défense ». Une première question s’est posée quant au champ d’application exact de cette disposition. Devait-on s’en tenir à une application littérale du texte et n’imposer le secret qu’à l’instruction ou devait-on l’étendre à l’enquête ? La logique voulait que cette disposition soit considérée comme applicable également à la phase d’enquête. De plus, il est possible de considérer que l’obligation de réserve, imposée à tout membre de la fonction publique par l’article 10 de l’ordonnance du 4 février 1959 portant statut général de la fonction publique, lie les services de police par une obligation au secret dès la phase de l’enquête. Le secret professionnel des avocats pouvait être interprété dans le même sens bien que ce dernier ne protège que les intérêts de leurs clients et ne recouvre pas tout à fait la même chose que le secret de la phase préalable au jugement². Il a fallu, toutefois, attendre les lois du 16 décembre 1992 et du 19 juillet 1993 pour que le législateur étende expressément le secret à l’enquête³. La contrainte probatoire paraît ainsi, de manière générale, soumise au secret de l’article 11 du Code de procédure pénale.

903. Des dispositions spécifiques. Certaines mesures de contrainte sont par nature secrètes. En effet, le secret peut être justifié soit par la recherche de la vérité soit par la protection de la vie privée. Ainsi, les interceptions de télécommunications supposent que mêmes les personnes dont les communications sont enregistrées par les services de police ne soient pas informées de cette mesure, et ce dans un souci d’efficacité de la recherche de la vérité. Se retrouve alors le fondement traditionnel du secret de la procédure que constitue cette dernière. La même remarque peut être faite quant à la réalisation d’une sonorisation ou encore quant aux projets de perquisitions.

904. En outre, le législateur souhaitant protéger la vie privée des personnes soumises à certaines mesures de contrainte a renforcé le secret en la matière. Ainsi, en vertu de l’article 100-5 du Code de procédure pénale, seuls les passages des communications utiles à la manifestation de

¹ RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale, Rapport à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Janvier 1997, p. 109.

² BRAUNSCHWEIG (J.M.), « Le secret professionnel de l’avocat », *in Droit à l’information et secret de l’enquête et de l’instruction : la cohabitation est-elle possible ?*, *op. cit.*, p. 59 à 61.

³ « Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète ».

la vérité sont indiqués dans le dossier. De même, les articles 58 et 98 du Code de procédure pénale, reprenant les dispositions de la loi du 7 février 1933, interdisent la divulgation des documents issus des perquisitions sauf accord des parties concernées par les documents. Deux autres exceptions sont, toutefois, prévues. L'incrimination de violation du secret de l'instruction ne pourra, en effet, pas être retenue si les documents ont été divulgués pour les nécessités de l'enquête ou à une « personne qualifiée par la loi ».

Au regard de cet impératif de protection de la vie privée des personnes se pose la question des reportages télévisés filmant certaines perquisitions. La protection de la vie privée imposerait que les personnes au domicile desquelles ils se déroulent autorisent l'équipe de télévision à pénétrer dans les locaux perquisitionnés puis à diffuser ces images. Si l'obtention de la deuxième autorisation ne pose aucune difficulté, celle de la première laisse perplexe, celle-ci ne pouvant être préalable à l'entrée dans les lieux des membres de la police judiciaire pour des raisons d'efficacité de la mesure évidentes là-encore.

905. Cependant, certaines questions se posent quant à la portée de ce secret renforcé imposé par le législateur.

2°/ Des dispositions à préciser

906. L'article 11 du Code de procédure pénale est, encore aujourd'hui, soumis à des interprétations controversées. En raison de l'insuffisance de l'article 11 à assurer seul la protection de la dignité morale, régulièrement, des réformes de cet article sont envisagées.

907. L'interprétation de l'article 11 du Code de procédure pénale. L'adoption rapide, sans réelle préparation de cet article, a posé quelques difficultés. Ainsi, le législateur a imposé le secret de l'instruction aux personnes qui « concourent » à la procédure sans définir cette notion qui n'avait, jusque là, jamais été utilisée. La jurisprudence a donc dû l'interpréter. Conformément à l'article C.22 de l'Instruction générale prise pour l'application du Code de procédure pénale du 27 février 1959, pour la Cour de cassation, cette expression vise les membres de la police judiciaire, les magistrats et leurs auxiliaires, mais non la personne mise en cause, les avocats et les témoins.

Bien que cette interprétation soit critiquée par certains auteurs¹, la Cour de cassation n’a jamais modifié sa jurisprudence sur ce point. Cette solution jurisprudentielle peut également s’appliquer aux articles 58 et 98 du Code de procédure pénale. En effet, le législateur n’a pas précisé quelles sont les « personnes qualifiées par la loi »² pouvant divulguer les documents issus des perquisitions. Cependant, au regard de la jurisprudence relative à l’article 11 du Code de procédure pénale, il est possible de penser qu’il vise les membres de la police judiciaire, les magistrats, les experts, et, de manière plus générale, toute personne compétente pour la recherche de la vérité.

908. L’alinéa 1 de l’article 5 du Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d’avocat dispose que « l’avocat respecte le secret de l’enquête et de l’instruction en matière pénale, en s’abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours ». L’alinéa 2, quant à lui, prévoit que l’avocat « ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l’article 114 du Code de procédure pénale ». Celui-ci distingue la communication au tiers et la communication au client. En effet, l’article 114 du Code de procédure pénale n’impose la condition relative aux « besoins de la défense » qu’à la communication aux tiers³. Le décret du 12 juillet 2005 semble ainsi ajouter des conditions que la loi ne prévoit pas. Le décret du 12 juillet semble ainsi imposer à l’avocat un respect du secret de l’enquête et de l’instruction à l’égard de son client que l’article 114 n’impose pas.

909. Par ailleurs, l’article C. 23 alinéa 4 de l’Instruction générale prise pour l’application du Code de procédure pénale estime que le secret posé par l’article 11 du Code de procédure pénale ne concerne pas les faits publics que « des témoins ont pu voir et relater ». Ainsi, les contrôles d’identité et les arrestations effectuées, par définition, dans des lieux publics ne sont pas soumis au secret de l’instruction. Imposer le secret de ces mesures de contrainte paraîtrait assez difficile. D’ailleurs, dans ses propositions de réforme du Code de procédure pénale, Mme Rassat a souligné que certaines mesures de contrainte sont « par essence publi[ques] [...] [et] peuvent être vu[e]s par toute personne se trouvant à ce moment-là devant le lieu en cause, [elles] peuvent donc

¹ RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 109.

² BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, *op. cit.*, n°156.

³ Cependant, les tiers ne peuvent se voir communiquer que des copies des rapports d’expertise.

être révélé[e]s sans risque à ceux qui ne s'y trouvaient pas »¹. Certes, Mme Rassat fait cette remarque au sujet des perquisitions. Cependant, elle semble pouvoir sans difficulté s'appliquer aux contrôles d'identité et aux arrestations pour les mêmes raisons.

910. Toutefois, en matière de perquisition, il convient, semble-t-il, de nuancer quelque peu la remarque de Mme Rassat. En effet en la matière, en vertu du respect de la vie privée, il semble nécessaire de conserver les documents et le déroulement de la perquisition secrets, seules les personnes chargées de la recherche de la vérité pouvant avoir accès au lieu et aux documents saisis. De même, l'efficacité de la recherche de la vérité suppose que la décision de recourir à une perquisition ne soit pas rendue publique avant sa mise à exécution. En revanche, cette décision peut parfaitement être rendue publique après le début de l'opération dès lors qu'effectivement l'arrivée des membres de la police judiciaire sur les lieux peut avoir été publique.

911. Les propositions de réforme. Constatant que les dispositions prises jusque là par le législateur n'empêchaient pas des atteintes régulières à la dignité morale des personnes suspectées, certains n'ont pas hésité à proposer la mise en place d'un secret encore plus renforcé. Ainsi, en 1978, un projet de loi prévoyait d'habiliter le procureur de la République, le juge d'instruction ou les représentants des services de police ou de gendarmerie autorisés par ces magistrats, à faire des communiqués relatifs aux procédures en cours. En revanche, en dehors de ces communiqués, toute divulgation d'informations portant atteinte à la vie privée ou à la présomption d'innocence, était sanctionnée pénalement. Ce projet de loi a échoué². Cependant, le même principe a été repris par la loi du 10 décembre 1985 qui n'est finalement jamais entrée en vigueur. Le 21 novembre 1994, l'amendement Marsaud permettait, avant la saisine définitive de la juridiction de jugement, de communiquer des informations sur les faits ou l'état d'avancement de la procédure. En revanche, aucune information relative à la personne suspectée ne devait être publiée. Une dérogation était toutefois admise lorsque cette personne y consentait. Cet amendement a été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale mais abandonné par le Sénat.

¹ RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, op. cit., p. 114.

² MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel, Tome I, problèmes généraux de la science criminelle droit pénal général*, Cujas, 7^e édition, 1997, n°330.

912. En 1997, Mme Rassat a, quant à elle, proposé de nuancer le secret de la phase préparatoire de la procédure pénale « selon les choses et les personnes ». Ainsi, elle proposait, tout d’abord, d’astreindre au secret les personnels de police et de justice et leurs auxiliaires contrairement aux avocats, personnes poursuivies et témoins. De plus, les pièces du dossier d’enquête et d’instruction devaient selon ces propositions être couvertes par un secret absolu « à la fois en raison des difficultés que la divulgation peut entraîner quant à l’efficacité des recherches, du risque de mauvaise interprétation que leur publicité peut faire courir et du fait qu’elles appartiennent à la justice et à elle seule », toute atteinte à ce secret étant sanctionnée pénalement. Les faits de la procédure, tels que convocation d’une personne ou réalisation d’une perquisition, ne seraient absolument pas secrets¹.

913. Monsieur Pradel a proposé de distinguer la recherche des preuves qui devrait rester entièrement secrète et les actes relatifs à la détention provisoire qui devraient être publics. Il a même proposé de créer des porte-paroles au sein de chaque juridiction².

914. Le rapport Léger du 1^{er} septembre 2009, quant à lui, est allé plus loin. En effet, il proposait de supprimer le secret de l’enquête et de l’instruction tout en maintenant le secret professionnel et les sanctions qui y sont attachées. Reprenant cette idée, l’article 311-11 de l’avant-projet de Code du 1^{er} mars 2010 prévoit que « sauf lorsque la loi en dispose autrement et sans préjudice de l’exercice des droits de la défense, les personnes qui, du fait de leurs fonctions, ont connaissance, en application des dispositions du présent code, des informations issues de l’enquête judiciaire pénale, sont tenues au secret professionnel. Elles sont soumises à ce secret dans les conditions et sous les peines des articles 226-13, 226-14 et 434-7-2 du Code pénal afin de garantir l’efficacité des investigations et de préserver le respect de la présomption d’innocence ainsi que la dignité de la victime. Aucune violation du secret professionnel ne peut résulter de la diffusion d’éléments à décharge concernant une personne mise en cause au cours d’une enquête pénale ». Le secret professionnel prendrait ainsi le relais du secret de l’enquête et de l’instruction. Cela évitera toute interrogation sur les personnes liées par ce secret. Toutefois, il est possible de s’interroger sur cette suppression. En effet, un principe général du droit deviendrait ainsi une simple obligation professionnelle. La protection de la dignité morale ne perdrait-elle pas ainsi quelque peu de sa force ? Si cette proposition était adoptée en l’état, il pourrait être reproché au

¹ RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 112 à 115.

² PRADEL (J.), « La procédure pénale à l’aube du troisième millénaire », *D.* 2000 n°1 Point de vue.

législateur français d'adopter une solution à mi-chemin en supprimant le principe du secret de l'enquête et de l'instruction mais en ne reconnaissant pas pour autant celui de la publicité. Transformer ce principe en simple obligation professionnelle en limite la portée.

915. L'ensemble de ces propositions montrent que la majorité des auteurs français considèrent qu'il est impossible en France de mettre en œuvre une procédure similaire au *Contempt of Court* anglais qui permet d'interdire et sanctionner toute publication d'information sur une procédure pénale en cours avant les débats en cas de risque d'atteinte au cours de la justice¹. De plus, elles soulignent toutes la nécessité d'autoriser la publicité des mesures de contrainte avec certaines variantes, cependant, selon le type de mesures.

916. S'inspirant de ces propositions, le législateur français a progressivement mis en place une publicité de la contrainte probatoire strictement encadrée.

B- Une publicité encadrée

917. La publicité de l'enquête et de l'instruction, et par conséquent de la contrainte probatoire, n'est actuellement qu'une exception en droit interne (1°) alors qu'elle constitue un principe en droit européen (2°).

1°/ La publicité : une exception en droit interne

918. Le législateur interne, conscient de la garantie que la publicité constitue pour la dignité morale, a progressivement mis en place des fenêtres de publicité et organisé des audiences publiques pour les mesures de contrainte les plus graves.

¹ GODARD (J.), « Contempt of Court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice », *RSC* 2000 p. 367 à 382.

919. Les fenêtres de publicité. Au fil des réformes, le législateur n’a pas hésité à multiplier les exceptions au secret de l’instruction en créant des fenêtres de publicité tout au long de la procédure. Ainsi, la loi du 15 juin 2000 a introduit un alinéa 3 à l’article 11 du Code de procédure pénale légalisant la pratique, issue de circulaires du 27 novembre 1959 et du 22 avril 1985¹, des communiqués de presse du procureur de la République pendant l’enquête et l’instruction. Ces communiqués, facultatifs, doivent avoir pour but soit de mettre fin à un trouble à l’ordre public conséquence de la réaction de l’opinion publique à l’infraction, soit d’éviter la propagation d’informations parcellaires ou inexacts. Cette dernière finalité du communiqué renvoie à la protection de la dignité morale des personnes mises en cause. En effet, le législateur semble, par cette disposition, permettre au procureur de la République de rectifier certaines rumeurs fausses ou partielles portant atteinte notamment à cette valeur fondamentale inhérente à la personne humaine.

920. Cependant, le législateur n’organise pas une obligation de contradictoire, l’information étant diffusée le plus souvent par le seul procureur de la République. En fait, le législateur cherche à établir un équilibre entre le secret nécessaire à l’enquête et à l’instruction tout en prenant en compte la demande d’information de l’opinion publique quant aux procédures pénales en cours. Ainsi, actuellement au regard de l’article 11 du Code de procédure pénale le principe est le secret de l’instruction, mais si se diffusent des informations portant atteinte à l’une des personnes mises en cause, le procureur de la République peut intervenir et rectifier l’information. Certes, le législateur n’a pas prévu expressément comme condition du communiqué l’atteinte à la réputation ou à la présomption d’innocence. Cependant, au regard de l’objectif poursuivi par la loi du 15 juin 2000, il semble que l’on puisse parfaitement retenir cette interprétation de la volonté du législateur. Toutefois, en l’absence de précision du législateur, certains ont craint un risque de détournement de la finalité de ces communiqués. Ces derniers pourraient servir, par exemple, à défendre la conduite de l’instruction², voire permettre une information partielle en l’absence de «droit de réplique des parties»³. Celles-ci peuvent, en effet, simplement demander au procureur de la République d’intervenir. Certes, le respect du contradictoire n’est pas assuré. Toutefois, est-ce au législateur d’organiser un tel débat contradictoire dans la presse ? Seul le

¹ Voir PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution ? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et 1114 à 1124.

² FRANCILLON (J.), « Liberté d’expression, dignité de la personne et présomption d’innocence », *Rev. Pénit.* 2001 p. 195 à 214.

³ LECLERC (H.), « La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes », *Gaz. Pal.* 29 et 30 septembre 2000 p. 2 à 12.

législateur peut autoriser le procureur de la République à intervenir, celui-ci étant lié par l'obligation légale de respecter le secret de l'instruction. En revanche, les parties privées et les journalistes ne sont pas soumis à cette obligation. Pour ces derniers, chercher à obtenir des informations de toutes les parties au procès semble une conséquence de leur obligation d'objectivité.

921. Par ailleurs, il convient de souligner que le législateur permet au seul procureur de la République d'intervenir. Il est, par conséquent, possible de s'interroger sur la validité des communiqués faits, par exemple, par des membres de la police judiciaire comme on a pu le voir récemment dans certaines affaires.

922. Ces dispositions sont générales et ne concernent pas seulement les mesures de contrainte étudiée ici. Cependant, le législateur a prévu que ne devaient être communiqués que des « éléments objectifs tirés de la procédure ». Pour certains auteurs, il s'agit d'une incohérence du législateur, cette expression étant difficile à définir¹. D'autres auteurs ont estimé que cette expression visait les données matérielles de la procédure ou le calendrier de celle-ci². La mise en œuvre d'une mesure de contrainte paraît constituer une telle information purement objective.

923. L'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 reprend ces dispositions relatives aux fenêtres de publicité. Toutefois, la communication ne porterait plus sur « des éléments objectifs tirés de la procédure », mais sur « des éléments factuels » de la procédure. Cette précision permettrait de renforcer le caractère objectif de l'information communiquée et ce d'autant plus que l'alinéa suivant indiquerait que « le procureur de la République ne doit pas porter d'appréciation sur l'éventuelle culpabilité des personnes mises en cause »³. Le recours à une mesure de contrainte pourrait, *a priori*, constituer l'un de ces « éléments factuels ».

924. Des audiences publiques. Pendant les travaux parlementaires portant sur la loi de 1996 relative à la détention provisoire, Monsieur Badinter avait proposé d'instaurer une audience contradictoire publique s'agissant du placement en détention provisoire par le juge d'instruction. Cette publicité devait être conditionnée à une demande du justiciable et à l'absence de refus du

¹ DE MONTGOLFIER (E.), « Les divulgations de la police et des magistrats à la presse », *in Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible ? op. cit.*, p. 39 à 40.

² ADER (B.), « La relation justice-média », *RSC* 2001 p. 71 à 82.

³ Article 311-13 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010.

juge d’instruction fondé sur la protection des droits des tiers et la bonne marche de l’instruction. En effet, selon Monsieur Badinter, cela permettrait de mettre fin aux rumeurs sur les indices réunis contre la personne mise en cause ou au contraire à l’idée selon laquelle cette personne aurait été placée en détention provisoire sans raison valable. Il souhaitait ainsi mettre le droit français en conformité avec la Convention européenne des droits de l’homme, la Cour européenne des droits de l’homme estimant que la publicité est l’un des moyens permettant de préserver la confiance envers les institutions judiciaires¹. Le Garde des sceaux² a considéré qu’une telle publicité risquait, au contraire, de créer une sorte de présomption de culpabilité renforcée. Aussi, cette proposition a-t-elle été rejetée. Toutefois, un tel débat contradictoire était déjà possible devant la chambre d’accusation depuis la loi du 6 juillet 1989³, malgré les réserves émises par certains auteurs⁴. Le système proposé par Monsieur Badinter a, finalement, été adopté quelques années plus tard. En effet, la loi du 15 juin 2000 a prévu la publicité de tous les débats contradictoires intervenant au cours de l’enquête ou de l’instruction si la personne la demande et sauf refus lié aux nécessités des investigations ou aux risques d’atteintes aux droits des tiers. Cette possibilité concernait donc les débats devant le juge de la liberté et de la détention relatifs à la durée de l’enquête mais aussi bien sûr à la détention provisoire, ainsi que les débats devant la chambre de l’instruction relatifs à la détention provisoire. Ces dispositions avaient pour but de renforcer la protection de « la réputation, l’honneur et la dignité des personnes mises en cause dans une procédure pénale »⁵. Cependant, cette publicité devait être demandée par la personne mise en cause. Il apparaît que ces dispositions étaient finalement peu utilisées.

925. Aussi, la loi du 5 mars 2007 a-t-elle renversé le principe. Désormais, l’article 145 alinéa 6 et l’article 199 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoient que les débats et la décision relatifs à la détention provisoire devant le juge des libertés et de la détention ou la chambre de l’instruction sont par principe publics. La publicité est, cependant, exclue pour les mineurs. De plus, le juge des libertés et de la détention ou la chambre de l’instruction peuvent la refuser en cas de risques d’entrave « aux investigations spécifiques nécessitées par l’instruction », d’atteinte à la présomption d’innocence, à la sérénité des débats, à la dignité de la personne ou aux intérêts d’un

¹ CEDH 8 décembre 1983, Axen contre Allemagne, Requête n°8273/78.

² Ref.

³ BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, op. cit., n°124.

⁴RASSAT (M.L.), *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, op. cit., p. 111 et 112. Mme Rassat regrette le débat public devant la chambre d’accusation car selon elle le public risque de n’avoir qu’une information partielle du dossier et ainsi d’apprécier de manière erronée l’affaire.

⁵ Projet de loi relatif à la présomption d’innocence et aux droits des victimes : présentation du garde des sceaux des améliorations envisagées pour la deuxième lecture du projet le 13 décembre 1999.

tiers, ou en cas d'enquête portant sur une des infractions de criminalité organisée¹. Là-encore, se retrouve la recherche d'un certain équilibre entre secret et publicité. En effet, si la publicité est désormais le principe pour la détention provisoire, la liste des motifs de refus est suffisamment large pour permettre aux magistrats d'éviter tout obstacle à la recherche de la vérité ou toute atteinte à la dignité morale. L'avant-projet de Code de procédure pénale reprend le principe de publicité des débats contradictoires se déroulant devant l'ensemble des juridictions de l'enquête et des libertés. Il reprend l'exception classique tirée de la recherche de la vérité ou de la protection. En revanche, il supprime l'énumération constituant la seconde exception. La publicité pourrait être écartée si elle est de « nature à nuire à la dignité de la personne »². Il semble, ainsi, expressément assimiler dignité et présomption d'innocence.

926. En posant le principe de la publicité et en limitant le secret à quelques exceptions en matière de détention provisoire, le législateur français semble s'être inspiré du droit européen.

2°/ La publicité : un principe en droit européen

927. La Cour européenne des droits de l'homme estime que la publicité doit être le principe tout au long de la procédure pénale, y compris pour l'ensemble des mesures de contrainte.

928. Un principe général. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que « l'administration de la justice [...] sert les intérêts de la collectivité tout entière et exige la coopération d'un public éclairé. [...] Si les médias ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice, il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à communiquer des

¹ Voir PRADEL (J.), « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 », *JCP* 2007 I 138 ; BUISSON (J.), « Equilibre de la procédure pénale », *Procédures* 2007 Etudes n°4 ; MATSOPOULOU (H.), « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! Commentaire de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2007 Etude n°5.

² Article 311-12 de l'avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 pour la disposition générale applicable à toute juridiction de l'enquête et de la liberté et article 411-7 pour les débats relatifs à la détention provisoire, à l'assignation à résidence et au contrôle judiciaire.

informations s’ajoute le droit, pour le public, d’en recevoir »¹. Pour la Cour européenne des droits de l’homme, la liberté d’expression est un principe assorti d’exceptions devant faire l’objet d’une interprétation étroite². Cela semble conforme à la lettre de l’article 10. Toutefois, il ne faut pas oublier que les articles 6 et 8 reconnaissent à la présomption d’innocence et à la vie privée une valeur tout aussi fondamentale. Le texte, contrairement à la Cour européenne des droits de l’homme, ne pose aucune hiérarchie entre ces droits et libertés. D’ailleurs, le Comité des ministres du Conseil de l’Europe a rappelé, dans sa recommandation du 10 juillet 2003 relative à la diffusion d’informations par les médias en relation avec les procédures pénales, l’existence d’« intérêts éventuellement conflictuels protégés par les articles 6, 8 et 10 de la Convention et la nécessité d’assurer un équilibre entre ces droits au regard des circonstances de chaque cas individuel »³.

929. La publicité des mesures de contrainte. La Cour européenne des droits de l’homme, notamment dans l’affaire *Alenet de Ribemont*⁴, estime que les autorités publiques peuvent rendre publiques des informations relatives à une procédure en cours si cette communication reste parfaitement objective. Informer le public qu’une perquisition a eu lieu, qu’une personne a été arrêtée, de la réalisation d’un contrôle d’identité, ou d’une interception de télécommunication, ainsi que de la décision de recourir à une vérification d’identité, à une garde à vue et à une détention provisoire ou de prolonger ces deux dernières ou au contraire d’y mettre fin, constitue une information purement objective. Ces mesures n’impliquent aucunement une présomption de culpabilité de la part des autorités. Ainsi, sous réserve de respecter l’efficacité de la recherche de la vérité ainsi que la vie privée et de n’assortir l’information d’aucun commentaire subjectif portant atteinte à la dignité morale de la personne, la publicité des mesures de contrainte ne pose pas de difficulté particulière dans son principe. D’ailleurs, la Commission européenne des droits de l’homme estime que les autorités « ne méconnaissent pas l’article 6-2 en déclarant qu’il existe des soupçons, que certaines personnes ont été arrêtées, qu’elles ont fait des aveux... [...] [et qu’] il y a lieu de tenir compte des circonstances spécifiques de l’affaire et de peser les intérêts en présence,

¹ CEDH 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, §52 ; CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, Requête n°6538/74, §65.

² CEDH 6 septembre 1978, *Klass et autres contre Allemagne*, Requête n°5029/71, §42 ; CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, Requête n°6538/74, §65.

³ Recommandation Rec(2003)13 du 10 juillet 2003 du Comité des ministres aux Etats membres sur la diffusion d’informations par les médias en relation avec les procédures pénales.

⁴ CEDH 10 février 1985, *Alenet de Ribemont*, Requête n°15175/89.

à savoir l'intérêt légitime du public et de la presse à être informé, d'une part, et l'intérêt de la personne soupçonnée d'une infraction à la sauvegarde de la présomption d'innocence, d'autre part»¹. Si la Cour européenne des droits de l'homme semble limiter ses observations à la présomption d'innocence, il est possible de considérer que cela vaut pour l'ensemble des composantes de la dignité morale.

930. Afin d'assurer le respect de la dignité morale, le législateur établit peu à peu un équilibre entre secret et publicité des procédures pénales, en particulier en cas de recours à une mesure de contrainte. Si la recherche de cet équilibre est difficile, l'étude des sanctions qui y sont attachées montre qu'aujourd'hui encore cet équilibre est précaire.

Section II- La multiplication des sanctions du non respect de la dignité morale

931. Les sanctions des atteintes à la dignité au sens large illustrent la recherche d'une conciliation entre publicité et secret. Elles s'attachent, en effet, alternativement à la violation du secret de l'enquête et de l'instruction (§1) et aux excès de la publicité (§2).

§1- Les sanctions de la violation du secret

932. En raison de dispositions législatives insuffisantes à assurer la sanction des violations du secret de l'enquête et de l'instruction (A), la jurisprudence a eu recours à certaines dispositions initialement étrangères à ce contexte (B).

¹ Comm. EDH 7 octobre 1985, Requête n°10 847/84.

A- Des sanctions législatives insuffisantes

933. Afin de sanctionner les violations du secret de la phase préalable au jugement, le législateur a eu recours à la fois à des sanctions répressives (1°) et à des sanctions procédurales (2°). L’ensemble de ces dispositions se révèlent trop restrictives pour assurer pleinement l’effectivité du secret et par ricochet de la dignité morale.

1°/ Les sanctions répressives

934. Conformément à l’esprit de la loi de 1881, les sanctions principales des violations du secret sont de nature répressive. Il s’agit de l’article 38 de cette loi, mais aussi des articles 226-13, 226-14 et 434-7-2 du Code pénal. Toutefois, ces dispositions sont insuffisantes.

935. L’article 38 de la loi de 1881. L’alinéa 1 de l’article 38 de la loi de 1881 dispose qu’« il est interdit de publier les actes d’accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu’ils aient été lus en audience publique, et ce, sous peine d’une amende de 3750 euros ». Pourraient ainsi être sanctionnées les reproductions par la presse de tout ou partie d’une ordonnance de placement en détention provisoire, d’un procès-verbal de perquisition, de garde à vue ou d’écoutes téléphoniques. Cette disposition vient sanctionner une violation du secret de la procédure. Cependant, il est possible de se demander quels sont les intérêts protégés par le secret que le législateur a souhaité garantir par cette disposition. En l’absence de précision textuelle, la Cour de cassation a estimé qu’était justifiée une décision ayant écarté toute violation de l’article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme en cas de condamnation prononcée sur le fondement de l’article 38 alinéa 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881, dès lors que « la cour d’appel retient que l’interdiction édictée par les dispositions précitées constitue dans une Société démocratique une mesure nécessaire à la protection de la réputation d’autrui et à la garantie de l’impartialité du pouvoir judiciaire et qu’elle se trouve, comme telle, justifiée par application du second paragraphe de l’article invoqué¹. Cette disposition tend ainsi à la protection de la dignité morale de la personne poursuivie. Pourtant, elle se révèle insuffisante à assurer pleinement celle-ci.

¹ Crim. 22 juin 1999, *Bull.* n°146 ; *Dr. Pén.* 2000 Comm. n°20 note ROBERT (J.H.).

936. Seul le ministère public peut agir sur ce fondement, l'article 48 qui énumère les infractions pour lesquelles une personne peut porter plainte sur le fondement de la loi de 1881 ne visant pas l'article 38. Afin de protéger au mieux la présomption d'innocence et la réputation des personnes mises en cause, il conviendrait donc de compléter l'article 48 par une référence à l'article 38.

De plus, le législateur ne sanctionne que « la publication des actes ». S'agissant d'une infraction, ce texte est soumis au principe d'interprétation stricte. Par conséquent, le simple résumé du contenu de l'acte ne peut être sanctionné¹. Cet article mériterait, dès lors, d'être complété. Certes, il pourrait alors être reproché au législateur de prévoir un texte extrêmement restrictif de la liberté de la presse. Cependant, il ne faut pas oublier que l'article 38 prévoit que les actes de la procédure ne doivent pas être publiés « avant qu'ils n'aient été lus en audience publique ». Depuis la loi du 5 mars 2007, le débat relatif à la détention provisoire est par principe public. Il semblerait, par conséquent, que la portée de cet article soit déjà limitée, certains actes pouvant être lus au cours de ce débat afin de permettre au juge des libertés et de la détention de prendre en toute connaissance de cause sa décision.

937. Les dispositions du Code pénal. L'article 434-7-2 du Code pénal sanctionne « sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du Code de procédure pénale, d'information issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit de révéler sciemment ces informations ». Ainsi, les avocats et l'ensemble des personnes concourant à la recherche de la vérité semblent visés en cas de violation de l'article 11 du Code de procédure pénale. Toutefois, le législateur limite aussitôt le champ d'application de l'article 434-7-2 du Code pénal puisque cette révélation doit être faite « à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées, comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions », et réalisée « dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité ». Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende. Les éléments constitutifs de ce délit sont extrêmement restrictifs et paraissent d'une application évidente.

¹ Voir en ce sens BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, op. cit., n°154.

938. L’article 226-13 dispose que « la révélation d’une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d’une fonction ou d’une mission temporaire, est punie d’un an d’emprisonnement et de 15000 euros d’amende ». Le législateur a ainsi souhaité assurer « la confiance qui s’impose dans l’exercice de certaines professions »¹. La Cour de cassation estime de manière constante que cet article, et avant lui l’article 378 de l’ancien Code pénal, « vise les faits parvenus à la connaissance d’une personne dans l’exercice d’une profession ou d’une fonction aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d’ordre public, a imprimé le caractère confidentiel »². Une telle définition permet d’inclure dans le champ d’application de cette disposition le secret de l’enquête et de l’instruction auquel sont tenus les avocats au titre de leurs obligations professionnelles sur le fondement du décret du 12 juillet 2005. De même, il semble possible de considérer que la violation de l’article 11 du Code de procédure pénale par toute personne participant à la recherche de la vérité peut être sanctionnée sur ce fondement. L’article 226-14 énumère des exceptions. Toutefois, aucune de ces dispositions ne concerne le secret de l’enquête et de l’instruction. Comme tout délit, cette infraction suppose une violation volontaire de ce secret. Cet article peut prendre le relais de l’article 38 de la loi de 1881 en ce qu’il vise toute information et non seulement les actes de procédure. De plus, alors que l’article 38 ne sanctionne que la publication d’un tel acte, l’article 226-14 s’applique même lorsque le fait est déjà connu ou susceptible de l’être³. L’article 226-14 apparaît, par conséquent, comme la disposition la plus adaptée pour sanctionner la violation du secret de la phase préalable de la procédure pénale.

939. Le législateur a complété ces sanctions répressives par des sanctions procédurales.

2°/ Les sanctions « procédurales »

940. Si le législateur a prévu des sanctions procédurales de la violation du secret de la phase préalable au jugement en matière de perquisition, il n’a pas étendu le mécanisme aux autres mesures de contrainte.

¹ Crim. 15 décembre 1885, *D.P.* 1886 1 347 ; Paris 27 mai 1997, *JCP* 1997 II 22894 note DERIEUX (E.).

² Crim. 7 mars 1957, *Bull.* n°241 ; Crim. 9 octobre 1978, *Bull.* n°263.

³ Crim. 7 mars 1989, *Bull.* n°109 ; Crim. 16 mai 2000, *Bull.* n°192.

941. La nullité textuelle des perquisitions. L'article 56 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que l'officier de police judiciaire « a seul, avec les personnes désignées à l'article 57 et celles auxquelles il a éventuellement recours en application de l'article 60, le droit de prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie ». Cette disposition implique un certain secret des documents consultés au cours des perquisitions. Il est ainsi possible de voir dans cette disposition la sanction expresse de la violation du secret de la procédure pénale tendant à protéger les intérêts des personnes soumises à une mesure de contrainte¹. L'alinéa 2 de l'article 59 dispose que « les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité ». Toutefois, il semble qu'il s'agisse de la seule disposition expresse prévoyant la nullité en cas de violation du secret de l'enquête et de l'instruction.

942. Le champ d'application restreint de la nullité textuelle. Sanction classique de toute irrégularité de procédure, la nullité est aujourd'hui soit expressément prévue par un texte, soit décidée par les juges estimant qu'il y a eu manquement à une formalité substantielle ou atteinte aux intérêts de la partie concernée sur le fondement de l'article 171 du Code de procédure pénale. Aucun texte ne prévoit expressément de manière générale la sanction du non respect du secret de l'instruction par la nullité. La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « la violation du secret de l'instruction, non pas postérieure mais concomitante à l'accomplissement d'un acte de la procédure, ne peut conduire à son annulation que s'il en est résulté une atteinte aux intérêts d'une partie »². Elle retient ainsi une nullité pour grief. En l'occurrence, le plus souvent la jurisprudence estime qu'il ne peut y avoir nullité de l'acte et de la procédure subséquente puisque le non respect du secret ne serait pas contraire à l'ordre public et ne porterait pas atteinte aux droits de la défense. Ainsi, dans une décision du 25 janvier 1996, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de Paris ayant rejeté la demande de nullité soulevée à l'encontre d'une garde à vue entièrement filmée à l'occasion d'un reportage télévisé. La Chambre criminelle souligne que l'arrêt attaqué « après avoir relevé que la présence d'un journaliste n'avait pas été dissimulée à Bouquet et à A... lors de leur interpellation, énonce que tous deux se sont entretenus, pendant leur garde à vue, avec leurs avocats, lesquels

¹ Sur ce point voir BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, op. cit., n°184.

² Crim. 25 janvier 1996, *Bull.* n°51.

n’ont alors présenté aucune observation ; que les juges retiennent que A... a demandé que le film soit visionné, non pour soulever une violation de ses intérêts, mais pour étayer ses déclarations ; que la chambre d’accusation en déduit que l’irrégularité résultant de la présence d’un journaliste n’a pas en l’espèce porté atteinte aux droits des demandeurs, même si elle est par ailleurs passible de poursuites pénales »¹. La Cour d’appel semble considérer que l’absence d’opposition de l’individu permet d’écarter la violation du secret de l’instruction. Le silence de l’individu apparaît dès lors de manière étonnante comme régularisant la procédure. La personne suspectée ayant, en quelque sorte, renoncé à la protection de ses intérêts privés assurée par le secret de l’enquête et de l’instruction, cette violation pourrait être source de sanctions pénales mais non de nullité. Elle ne pourrait se prévaloir d’une atteinte à ses droits de la défense après avoir admis la publicité. Certes, ce raisonnement peut se justifier afin d’éviter une attitude dilatoire du suspect portant atteinte à la célérité de la procédure et à la recherche de la vérité. Cependant, la jurisprudence considère-t-elle qu’il y a autorisation implicite ou renonciation ? La renonciation à un droit subjectif ne se présume pas. Elle ne peut qu’être expresse ou manifestée par un comportement non équivoque. Le silence ne peut constituer un tel comportement non équivoque. Quoi qu’il en soit, renonciation et autorisation supposent toutes deux un consentement libre et éclairé. Un tel consentement peut-il réellement être retenu en l’espèce ? Même si l’entretien avec un avocat permet de rassurer, quelques doutes peuvent, toutefois, être émis.

943. Afin d’assurer au mieux le respect de la dignité au sens large, la jurisprudence a comblé le vide juridique laissé par ces dispositions.

B- Une sanction jurisprudentielle extensive

944. Depuis le début des années 1990, la jurisprudence complète la sanction des violations du secret de l’enquête et de l’instruction par l’application de l’incrimination de recel (1°). Pourtant, cette jurisprudence est critiquable (2°).

¹ *Ibid.*

1°/ L'application du recel

945. De manière désormais constante, la jurisprudence condamne la diffusion par les journalistes de documents issus d'une violation du secret de la phase préalable par le recel. Récemment, elle a, toutefois, semble-t-il, créer un nouveau fait justificatif en la matière.

946. L'incrimination de recel. En l'absence d'incrimination de la publication d'articles de presse faisant état d'informations issues de documents protégés par le secret de la procédure en raison du défaut de rédaction de l'article 38, la jurisprudence a eu recours à une infraction de droit commun. Il s'agit du recel. A l'occasion de l'affaire des Ecoutes de l'Elysée, la jurisprudence a posé les règles en la matière. En l'espèce, des journalistes ont publié un livre comprenant des relevés et des fac-similés de procès-verbaux d'écoutes téléphoniques administratives effectuées par la cellule de l'Elysée faisant l'objet d'une enquête. A la suite de cette publication, les journalistes ont été poursuivis pour recel de violation du secret de l'instruction. En première instance, le tribunal correctionnel de Paris, le 10 septembre 1998, les a condamnés pour recel aux motifs que la publication de ces fac-similés démontrait que « les prévenus avaient eu en leur possession des fiches de transcription de ces écoutes figurant au dossier du magistrat instructeur ; [...] l'accès au dossier ne pouvait avoir été obtenu que par la voie d'une infraction ; soit que cet accès ait été procuré par une personne tenue au secret de l'instruction ; soit que cet accès ait été procuré par le truchement d'une personne tenue au secret professionnel ; des journalistes expérimentés ne pouvaient ignorer les interdits qui entourent les dossiers judiciaires»¹. Saisie d'un appel, la Cour de Paris, le 16 juin 1999, a confirmé cette condamnation aux motifs que « par leur nombre, leur diversité et leur précision, les sources utilisées par les prévenus démontrent qu'ils ont été en possession matérielle de reproduction des pièces d'instruction, de simples transcriptions ou comptes-rendus oraux étant insusceptibles de permettre le caractère systématique de l'exploitation qu'ils ont faite du contenu du dossier. [...] L'abondance des pièces, leur diversité, rend improbable l'hypothèse du vol qui n'aurait pas manqué de faire l'objet d'une ou plusieurs plaintes des détenteurs légitimes. Dès lors les prévenus n'ont pu obtenir les documents que par la voie de personnes associées à la procédure lesquelles se divisent en deux

¹ TGI Paris 10 septembre 1998, *JCP* 1998 II 10188 note DERIEUX (E.).

groupes. Le premier est lié par le secret de l’instruction (magistrat, greffier, policier...) dont la violation constitue un délit. Le second est constitué par les personnes qui peuvent obtenir des copies des pièces mais qui ne sont pas tenues par le secret de l’instruction. Il s’agit des avocats et des parties elles-mêmes si elles ont obtenu des pièces par l’intermédiaire de leur conseil. [...] Ainsi la provenance des documents utilisés par les prévenus était nécessairement délictuelle, la qualification exacte du délit étant sans effet sur la nature illicite de l’origine qui est le fondement nécessaire et suffisant de l’élément légal du recel [...]. La professionnalité de MM. P... et D... ne pouvait leur permettre d’ignorer la situation délictuelle dans laquelle ils se plaçaient. [...]». La Cour d’appel prend même le soin de préciser que cette condamnation n’est pas contraire à la Convention européenne des droits de l’homme puisque « les limites auxquelles est soumise la liberté d’expression sont nécessaires d’autant, d’une part, qu’il n’est pas établi que les contraintes exercées en la cause aient nui de réelle façon à l’information de l’opinion compte tenu des articles parus sur le sujet. Et, d’autre part, qu’il n’est pas plus établi que la justice se soit trouvée dans l’impossibilité de fonctionner dont il aurait fallu informer cette opinion »¹.

947. Un pourvoi ayant été formé, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a été à son tour amenée à statuer sur cette affaire. Dans un arrêt du 19 juin 2001, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs que « les prévenus ont été poursuivis pour avoir divulgué le contenu demeuré confidentiel de pièces issues d’une information en cours, mesure justifiée par les impératifs de protection des droits d’autrui, au nombre desquels figure la présomption d’innocence, par la préservation d’informations confidentielles, ainsi que par la garantie de l’autorité et l’impartialité du pouvoir judiciaire ». La Cour d’appel avait, dès lors, justifié sa décision au regard de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme². Cette jurisprudence a, par la suite, été confirmée³.

948. La Cour de cassation semble, toutefois, aujourd’hui poser une limite

949. Un nouveau fait justificatif. Dans des décisions plus récentes, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble s’inspirer de la jurisprudence des première et deuxième Chambres

¹ Paris 16 juin 1999, *D.* 2000 JP p. 167 à 173 note BIGOT (C.).

² Crim. 19 juin 2001, *Bull.* n°149.

³ Voir notamment Crim. 12 juin 2007, *Bull.* n°157.

civiles en matière de protection de la vie privée. Ainsi, avant de rejeter les pourvois formés contre des condamnations de journalistes pour recel, elle souligne que la publication n'était pas justifiée par la compréhension du reportage diffusé, ne répondait pas à une attente du téléspectateur¹, ou encore ne répondait pas à « la nécessité d'informer le lecteur »². Le droit du public à être informé apparaît comme une nouvelle limite à la protection de la dignité morale. Au regard de la formulation retenue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, il est possible de se demander si le droit du public à être informé ne constituerait pas un nouveau fait justificatif. Cependant, dans ce cas de quel type de fait justificatif ? S'agit-il de l'état de nécessité ou de l'autorisation tirée de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Certes, les différentes formulations utilisées par la Cour de cassation font référence à la nécessité de la publication. Cela permettrait de considérer qu'elle applique l'état de nécessité. Toutefois, l'état de nécessité suppose un danger actuel ou imminent. L'atteinte au droit à l'information du public en l'absence de diffusion de ces informations peut-elle réellement être assimilée à un tel danger ? Cela paraît douteux. Dès lors, il semble plus respectueux des conditions posées par le Code pénal de considérer que la Cour de cassation se fonde sur une autorisation de la loi tirée de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La loi est alors entendue au sens large. En effet, l'article 10 autorise les Etats à limiter la liberté de la presse si cela est strictement nécessaire notamment à la protection de la réputation ou des droits d'autrui. La Cour de cassation procède ainsi à une application *a contrario* de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation fait une application stricte de ce fait justificatif. La Cour de cassation a dès lors une position extrêmement protectrice de la dignité morale.

950. Pourtant, l'application du recel en l'occurrence est fort critiquable.

2°/ Une jurisprudence critiquable

951. La jurisprudence relative au recel de violation du secret de l'instruction est critiquable tant au regard des principes généraux internes qu'au regard des principes européens.

¹ Notamment MOUYSSSET (O.), « Un an de droit pénal de la presse », *Dr. Pén.* 2008 Chr. n°8 ; VERON (M.), « Ne pas confondre recel d'une information et recel du document qui la contient », *Dr. Pén.* 2007 Comm. n°143.

² Crim. 25 octobre 2005, *Bull.* n°268.

952. Au regard des principes généraux internes. Le raisonnement suivi par les différentes juridictions en matière de recel est extrêmement sévère pour les journalistes. En effet, la constitution du recel suppose une condition préalable, c’est-à-dire une chose d’origine frauduleuse ou le produit d’une infraction selon le type de recel retenu. Son élément matériel consiste soit en la détention de cette chose soit à tirer profit de ce produit. Enfin, l’élément moral est défini comme un dol général. Dans l’affaire des écoutes de l’Elysée, les diverses juridictions saisies ont procédé par présomption quant à la condition préalable et à l’élément moral. En effet, s’agissant de l’origine frauduleuse des documents, les deux juridictions du fond, confirmées par la Cour de cassation, déduisent de la précision des documents et de certaines annotations faites sur les documents que ceux-ci ne peuvent avoir d’autre origine qu’une infraction qui ne peut être que la violation du secret de l’instruction et de l’enquête soit par des personnes soumises à l’article 11 du Code de procédure pénale soit par des personnes soumises à ce même secret en raison des règles professionnelles qu’elles doivent respecter. Pourtant, les personnes ayant communiqué ces documents aux journalistes n’ont pas été identifiées. Certes, selon une jurisprudence désormais constante, la sanction du recel ne suppose pas que l’auteur de l’infraction préalable ait été identifié¹. Cependant, en l’espèce comment être sûr qu’il y a bien eu violation du secret de la phase préliminaire de la procédure pénale, si l’on ignore qui a réellement fourni les documents ? Il ne faut pas oublier que les personnes astreintes au secret sont limitativement énumérées par le législateur².

953. De plus, l’élément moral du recel a ici été déduit de la profession des journalistes. Si une telle présomption tirée de la profession de la personne poursuivie se retrouve régulièrement en droit pénal des affaires, où il est même possible de constater une certaine dilution de l’élément moral, cette solution est tout de même sévère à l’égard des journalistes. En effet, comme l’ont souligné plusieurs auteurs, les journalistes ne « maîtrisent pas forcément les arcanes de la procédure pénale dans toutes les subtilités »³. D’ailleurs, en l’espèce les journalistes avaient reconnu qu’ils avaient eu des doutes sur l’origine des documents, les ayant reçus par plis

¹ Notamment Crim. 7 mai 1942, *Bull.* n°56 ; Crim. 31 janvier 1947, *Bull.* n°43 ; Crim. 10 octobre 1972, *Bull.* n°277.

² Pour une confirmation de cette présomption dans une affaire similaire au cours de laquelle l’auteur de la violation n’avait pu être identifié voir Crim. 4 décembre 2007, *Bull.* n°302.

³ BIGOT (C.) note sous Paris 16 juin 1999, *D.* 2000 p. 167 à 173.

anonyme. La Cour de cassation a déjà affirmé que les simples doutes sur l'origine de la chose ne permettent pas de déduire la connaissance de l'origine frauduleuse¹.

954. Par un tel raisonnement, les juges ont largement étendu les possibilités de sanction des journalistes. Si cela va nécessairement dans le sens d'une meilleure protection notamment des droits des personnes mises en cause, en particulier de la présomption d'innocence et de la réputation, cela est également, comme l'ont souligné certains auteurs² extrêmement attentatoire à la liberté de la presse en raison notamment de l'insécurité juridique que cela entraîne pour les journalistes. En effet, ceux-ci, *a priori*, n'étaient pas concernés par cette infraction. Si l'on pouvait, peut être, envisager la condamnation des journalistes sur le fondement de l'article 38 de la loi de 1881 pour la publication des procès-verbaux d'enquête, en aucun cas l'article 38 ne pouvait s'appliquer pour les fac-similés d'écoutes téléphoniques puisque ceux-ci n'étaient pas en l'occurrence des « actes de procédure » mais des indices réunis lors de l'enquête. De plus, la sanction prévue par l'article 38 est beaucoup plus légère que celle du recel puisqu'il ne s'agit que d'une amende de 3750 euros. Par leur attitude sévère, les juges internes rompent l'équilibre établi par le législateur. Si cela permet de renforcer tantôt la protection des différents intérêts protégés par le secret, tantôt la liberté de la presse, encore faut-il éviter que cela se fasse au détriment du principe de légalité comme en l'espèce. Une modification de la rédaction de l'article 38 tendant à sanctionner non seulement la publicité « d'actes de la procédure », mais aussi de documents « issus de la procédure », serait souhaitable.

955. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a une conception contradictoire par rapport à celle de la Cour de cassation.

956. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour atteinte disproportionnée à l'article 10 dans l'affaire Fressoz³ où des journalistes avaient été condamnés pour avoir publié des documents détenus par les services du Trésor public. Les juridictions internes avaient suivi un raisonnement quasi similaire à celui de l'affaire des Ecoutes de l'Elysée pour retenir le recel de

¹ Crim. 16 novembre 1983, *Gaz. Pal.* 1984 I Pan. 105.

² Voir notamment BIGOT (C.) note sous Paris 16 juin 1999, *D.* 2000 p. 167 à 173.

³ CEDH 21 janvier 1999, Fressoz et Roire contre France, Requête n°29183/95, *JCP* 1999 II 10120.

violation de secret professionnel. En effet, là encore l’origine frauduleuse des documents et la mauvaise foi des journalistes avaient été présumées. La Cour européenne des droits de l’homme a retenu la même solution le 7 juin 2007 dans l’affaire des Ecoutes de l’Elysée¹. Pour la Cour européenne des droits de l’homme, la publication de ces documents était justifiée car il s’agissait d’une question d’intérêt général, l’instruction étant relative à la pratique d’écoutes téléphoniques mises en place à la demande du président de la République. De plus, elle semble relativiser la protection du secret de l’instruction puisqu’elle considère que « la protection des informations en tant qu’elles étaient confidentielles ne constituait pas un impératif prépondérant ». La Cour européenne des droits de l’homme fait, par conséquent, primer la liberté de la presse sur le secret de l’instruction. Il est vrai qu’en droit européen le principe est la publicité de l’enquête et de l’instruction et non le secret. Ces condamnations européennes expliquent sans doute l’évolution jurisprudentielle constatée précédemment² en droit interne.

957. Publicité et secret sont l’un et l’autre protecteurs de la dignité au sens large. Aussi, même si aujourd’hui le droit à l’information semble primer au niveau européen, encore faut-il sanctionner les excès de la publicité portant atteinte à la dignité morale.

§2- Les sanctions des excès de la publicité

958. Conformément au système mis en place en 1881, le législateur a, dans un premier temps, choisi de recourir à des sanctions répressives des excès de publicité au stade de la phase préparatoire, en particulier en cas de contrainte (A). Toutefois, dans un second temps, il a décidé de compléter ce mécanisme par la création d’un nouveau droit (B). L’avant-projet de Code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 souligne le caractère complémentaire de ces dispositions. En effet, son article 112-2 dispose que « nul ne peut porter atteinte à la présomption d’innocence. Les atteintes à la présomption d’innocence sont prévenues, réparées et réprimées par les dispositions de l’article 9-1 du Code civil, les dispositions de la loi sur la liberté de la presse relatives au droit de réponse et à la diffamation, et les dispositions du présent code applicables lorsqu’une personne poursuivie a été mise hors de cause ».

¹ CEDH 7 juin 2007, Dupuis contre France, Requête n°1914/02.

² Cf. supra n°949.

A- Une sanction traditionnellement répressive

959. Le législateur a sanctionné pénalement les atteintes à la réputation (1°) ainsi que la diffusion de l'image d'une personne contrainte (2°).

1°/ Les atteintes à la réputation

960. Les atteintes à la réputation sont sanctionnées de manière générale par la diffamation et permettent l'exercice d'un droit de réponse par la victime. Si ces dispositions sont générales, elles permettent également d'assurer le respect de la dignité morale de l'individu contraint.

961. La diffamation. En vertu de l'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881, « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommé, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ». S'il n'est pas nécessaire que tous les détails du fait imputé soient donnés¹, il faut tout de même que l'allégation ou l'imputation concerne un fait suffisamment précis². La victime doit être désignée avec précision même s'il n'est pas nécessaire qu'elle soit nommément désignée³. L'appréciation du caractère attentatoire à l'honneur de l'allégation ou de l'imputation se fait de manière objective sans considération de l'opinion personnelle de l'auteur ni du public⁴. Ainsi, constitue une allégation de nature à porter atteinte à l'honneur l'imputation d'une infraction⁵. Dans un arrêt du 30 septembre 2008, la Cour de cassation semble considérer que le fait d'accompagner l'information relative à un placement en

¹ Crim. 15 février 1883, *D.* 1883 I 276.

² Crim. 30 septembre 2003, *Bull.* n°172.

³ Nancy 9 juillet 1964, *D.* 1966 p47 note MIMIN.

⁴ Crim. 2 juillet 1975, *Bull.* n°174 ; Crim. 7 novembre 1989, *Bull.* n°403; Crim. 13 février 1990, *Bull.* n°75.

⁵ Crim. 22 avril 1958, *Bull.* n°333 ; Crim. 7 décembre 1994, *Bull.* n°373.

garde à vue de commentaires subjectifs ou d’un commentaire tendant à présenter sans ambiguïté l’individu comme coupable constitue une diffamation¹. Elle semble ainsi reprendre à son compte les exigences de la Cour européenne des droits de l’homme.

962. Comme toute infraction, la diffamation suppose un élément moral. S’agissant d’un délit puisqu’elle est punie d’une amende de 45000 euros² et en l’absence de précision dans le texte, il s’agit, en vertu de l’article 121-3 du Code pénal, d’un dol général. Cependant, la jurisprudence a pris l’habitude de présumer cette intention. En effet, selon une jurisprudence constante, « les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l’intention de nuire »³. Il revient alors à l’auteur de l’imputation de prouver « les faits justificatifs suffisants pour établir sa bonne foi »⁴. La jurisprudence se montre dès lors extrêmement sévère à l’égard des médias, rompant ainsi l’équilibre établi par le législateur. Même si cela est favorable à la protection de l’honneur des personnes, il est regrettable que les juges aillent plus loin que la lettre des textes.

Faisant écho à sa jurisprudence en matière de recel, la Cour de cassation semble peu à peu mettre en place un nouveau fait justificatif de la diffamation. En effet, s’inspirant de la jurisprudence européenne en la matière⁵, la Cour de cassation a exclu à plusieurs reprises toute condamnation pour diffamation au motif que celle-ci avait été commise en rapport avec un sujet d’intérêt général⁶. Toutefois, les formulations de la Cour de cassation restent encore ambiguës. Elle semble parfois considérer que l’intérêt général constitue un fait justificatif indépendant de la bonne foi, alors que d’autres arrêts paraissent considérer l’intérêt général comme un élément d’appréciation de la bonne foi⁷. La jurisprudence de la Cour de cassation mériterait d’être précisée sur ce point.

963. En vertu de l’article 65 de la loi du 29 juillet 1881, « l’action publique et l’action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévues par la présente loi se prescrivent après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d’instruction ou de poursuite s’il en a été fait ». Il s’agit d’un délai très court. Cependant, l’article 65-2 dispose qu’« en cas d’imputation portant sur un fait susceptible de revêtir une qualification pénale, le délai de prescription prévu par l’article 65 est réouvert ou court à nouveau, au profit de la personne

¹ Crim. 30 septembre 2008, pourvoi n°07-87953, inédit.

² La peine d’emprisonnement initialement prévue a été supprimée par la loi du 15 juin 2000.

³ Crim. 19 novembre 1985, *Bull.* n°363.

⁴ Crim. 24 mai 2005, *Bull.* n°155.

⁵ Voir notamment CEDH 22 octobre 2007 Lindon Otchakovsky-Laurens et July contre France, Requête n° 21279/02 et 36448/02 ; CEDH 25 février 2010 Renaud contre France, Requête n° 13290/07.

⁶ Voir notamment Crim. 11 mars 2008, *Bull.* n°59 ; Crim. 26 mai 2010, pourvoi n°09-87.083 ; Civ. 1^{ère} 3 février 2011, pourvoi n°09-10.301 ; Crim. 29 mars 2011, pourvoi n°10-85.887.

⁷ Sur ce point voir Chr. CONTE (P.) sous Crim. 26 mai 2010, *Rev. pénit.* 2011 p. 156.

visée, à compter du jour où est devenue définitive une décision pénale intervenue sur ces faits et ne la mettant pas en cause ». Le législateur a, ainsi, accordé la possibilité d'agir en diffamation à compter d'une décision mettant la personne hors de cause. Cependant, il est possible de se demander ce qu'entend le législateur par « décision pénale [...] ne la mettant pas en cause ». S'agit-il nécessairement d'une relaxe ou d'acquiescement, ou un classement sans suite ou un non-lieu suffisent-ils ? Il semble que la Cour de cassation sur ce point opte pour une solution extensive englobant les non-lieu¹. Cependant, les non-lieu ont bien un caractère juridictionnel, un recours étant même possible à leur encontre. A l'inverse, les classements sans suite sont considérés comme de simples décisions administratives pendant longtemps insusceptibles de recours. Ils sont, désormais, susceptibles d'un simple recours hiérarchique². Il est, par conséquent, possible de se demander si la notion de « décision pénale » ne vise que les décisions juridictionnelles ou l'ensemble des décisions, quelle que soit leur nature, prises au cours d'une procédure pénale. L'effectivité du respect de la réputation de l'individu supposerait de retenir cette dernière interprétation. Toutefois, en l'absence de disposition claire et de jurisprudence expresse sur ce point, le doute reste permis.

964. Le droit de réponse. Interprété comme une sorte de légitime défense contre la presse³, un droit de réponse a été mis en place par la loi de 1881. Selon l'article 13 de cette loi, « le directeur de la publication sera tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception, les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique quotidien, sous peine d'une amende de 3750 euros, sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu ». Cette faculté peut s'exercer, soit conjointement avec l'action en diffamation, soit de manière totalement indépendante. La loi fixe précisément la forme et la longueur de la réponse ainsi que les délais de diffusion de celle-ci. Le législateur permet ainsi à toute personne de contester les informations diffusées. L'article 6 de la loi du 29 juillet 1982 en matière audiovisuelle prévoit également un droit de réponse. Cependant, celui-ci est subordonné à une imputation « susceptible de porter atteinte à l'honneur et à la considération ». La loi de 1881 paraît ainsi beaucoup plus générale que la loi de 1982, l'atteinte à l'honneur et à la considération étant seulement une des hypothèses d'application du droit de réponse en matière de presse.

¹ Civ. 2^e 2 octobre 2003, *Bull.* n°290.

² Article 40-3 du CPP.

³ JOSSERAND (L.), *Essais de téléologie juridique I De l'esprit des droits et de leur relativité Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz., 2^e édition, 2006, n°166.

D’ailleurs, la loi du 4 janvier 1993 a ajouté un dernier alinéa à l’article 13 selon lequel « sans préjudice de l’application de l’alinéa précédent, toute personne nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique à l’occasion de l’exercice de poursuites pénales peut également exercer l’action en insertion forcée, dans le délai de trois mois à compter du jour où la décision de non-lieu dont elle fait l’objet est intervenue ou celle de relaxe ou d’acquittement la mettant expressément ou non hors de cause est devenue définitive ». Même si le législateur souhaitait ainsi renforcer la présomption d’innocence, le droit de réponse, dont le délai est ainsi rouvert, n’est toujours pas subordonné à une atteinte à celle-ci. Ce droit de réponse s’appliquant de manière générale peut, par conséquent, s’étendre aux hypothèses de diffamation dans le cadre du recours aux mesures de contrainte.

965. Cette dernière disposition semble faire écho aux articles 177-1 et 212-1 du Code de procédure pénale également introduit par la loi de janvier 1993. En effet, en vertu de ces deux articles, le juge d’instruction et la chambre de l’instruction peuvent, à la demande de la personne concernée, ordonner la publication de la décision de non-lieu. Là encore, cette publication n’est subordonnée ni à une atteinte à la présomption d’innocence ou à la réputation ni à la mise en œuvre d’une mesure de contrainte. En réalité, aucune faute n’est même exigée, le but du législateur étant simplement de permettre aux juridictions de combler un défaut d’information de l’opinion publique¹, et d’essayer ainsi de mettre fin à la suspicion de celle-ci. En effet, il est souvent souligné que les médias insistent sur le fait qu’une personne a été mise en examen et privée de sa liberté, mais n’informent que très rarement l’opinion publique de la décision de non-lieu, de relaxe ou d’acquittement dont bénéficie cette même personne, laissant ainsi planer la suspicion dans l’esprit de l’opinion publique. De plus, parfois, pour l’opinion publique, l’innocence judiciaire n’est pas synonyme d’innocence véritable, en particulier lorsque la personne a été soumise à une mesure de contrainte grave telle que la détention provisoire². Par cette disposition, le législateur a ainsi souhaité renforcer le respect de la dignité morale des individus mis en cause lors d’une procédure pénale. Il est, cependant, regrettable que le même dispositif ne soit pas prévu en cas de classement sans suite, de relaxe ou d’acquittement.

966. La loi du 15 juin 2000 a complété ces dispositions par la sanction de la diffusion de l’image d’une personne contrainte.

¹ Voir AUVRET (P.), « Le droit au respect de la présomption d’innocence », *JCP* 1994 I 3802.

² LOMBOIS (C.), « La présomption d’innocence », *Pouvoirs* 1990 n°55 p. 81 à 88.

2°/ La diffusion de l'image d'un individu contraint

967. Le législateur, soucieux d'assurer au mieux la dignité au sens large de l'individu contraint, a créé cette nouvelle incrimination calquée sur le droit à l'image civiliste.

968. Une nouvelle incrimination. Depuis la loi du 15 juin 2000, l'article 35 ter de la loi de 1881 dispose que « lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quel que moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15000 euros d'amende ». Le législateur a souhaité, par cette disposition, renforcer la protection de la présomption d'innocence et de l'honneur de la personne¹. La Cour de cassation, à l'occasion de la publication de la photographie d'une personne placée en détention provisoire, a estimé que cette disposition n'était pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme puisqu'elle « constitue une mesure nécessaire dans une Société démocratique à la protection des droits d'autrui »². Une question prioritaire de constitutionnalité a remis en cause la constitutionnalité de cet article en raison du manque de précision de l'expression selon laquelle l'image fait apparaître que la personne est placée en détention provisoire. La Cour de cassation a refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel. En effet, elle a estimé que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que la disposition législative en cause, rédigée en termes suffisamment clairs et précis, et dont l'application relève de l'appréciation, par les juges du fond, des éléments constitutifs de l'infraction, ne constitue pas une atteinte manifestement disproportionnée aux principes de liberté d'expression et de libre communication,

¹ Circulaire du 4 décembre 2000 relative à la présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire. Voir sur cette infraction DERIEUX (E.), « Rappel des normes en présence et de la réalité de leur application », in *Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 27 à 38 ; ADER (B.), « La relation justice-média », *RSC* 2001 p. 71 à 82 ; KRAMER (P.), « Les rapports justice – médias et la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.* 22 et 23 décembre 2000, p. 50 à 53.

² Crim. 8 juin 2004, *Bull.* n°156, *Dr. Pén.* 2004 Comm. n°157 obs. VERON (M.), *Gaz. Pal.* 2005 p. 20 note MONNET (Y.), *RSC* 2004 p. 967 obs. RENUCCI (J.F.).

constitutionnellement garantis»¹ Cette interdiction s’accompagne d’une obligation pour les services de police. La loi du 15 juin 2000 a, en effet, complété l’article 803 du Code de procédure pénale issu de la loi du 4 janvier 1993. Cette dernière avait rappelé que les menottes et entraves ne peuvent s’appliquer qu’aux individus dangereux pour autrui ou pour eux-mêmes ou susceptibles de s’enfuir. Consacrant une disposition prévue par une simple circulaire du 1^{er} mars 1993², l’alinéa 2 du même article prévoit que « toutes mesures utiles doivent être prises dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu’une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l’objet d’un enregistrement audiovisuel ». Toutefois, le champ d’application de cette disposition est restreint aux seules personnes menottées ou placées en détention provisoire. Ne serait-il pas possible de renforcer cette disposition en l’élargissant aux personnes placées en garde à vue ?

969. Un reflet du droit à l’image civiliste. Il est intéressant de noter que le législateur de 2000, en incriminant la publication de l’image d’une personne non condamnée menottée ou placée en détention provisoire, semble s’être fortement inspiré de la jurisprudence construite par la Cour de cassation, pour protéger le droit à l’image, à partir de l’article 9 du Code civil. En effet, selon l’article 35 ter, la publication d’une telle photo est possible si la personne a donné son accord. L’autorisation de la victime apparaît ainsi comme un fait justificatif de l’infraction. Selon une jurisprudence constante en matière de droit à l’image, il ne peut y avoir atteinte à celui-ci si la personne a donné son autorisation à la publication³. Cependant, la jurisprudence insiste sur le caractère spécial de l’autorisation. Ainsi, en cas de publication d’une image dans un contexte autre que celui pour lequel l’autorisation a été donnée, une atteinte au droit à l’image sera retenue sur le fondement de l’article 9 du Code civil⁴. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans le même sens, retenu que « la diffusion d’une image représentant une personne identifiée ou identifiable, sans autorisation de celle-ci, faisant apparaître qu’elle est placée en détention provisoire est prohibée par l’article 35 ter de la loi du 29 juillet 1881, peu important que les commentaires pouvant accompagner la publication de cette image et la circonstance qu’un autre

¹ Crim. 28 septembre 2010, Pourvoi n° 10-90096, *Gaz. Pal.* 2 mars 2011 p. 12 note FOURMENT (F.).

² PRADEL (J.), « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et 1114 à 1124.

³ Notamment Civ. 1^{ère} 30 mai 2000, *Bull.* n°167 ; Civ. 1^{ère} 15 novembre 2005, *Bull.* n°413 ; Civ. 1^{ère} 7 mars 2006, *Bull.* n°139.

⁴ Civ. 1^{ère} 30 mai 2000, *Bull.* n°167.

journal ait publié une photographie identique avec le consentement de la personne concernée »¹. L'autorisation a, en droit civil comme en droit pénal, un caractère spécial.

De plus, selon une jurisprudence désormais constante, même si la personne n'a pas donné son accord expresse ou tacite à la publication de son image, il n'y a pas atteinte à son droit à l'image si cette publication permet d'illustrer un événement d'actualité ou un phénomène de Société, le droit à l'information du public prenant alors le pas sur le droit à l'image des individus². Une affaire pénale peut justement être qualifiée d'événement d'actualité justifiant ainsi la publication de la photographie d'une personne impliquée dans cet événement. Cependant, une limite est posée à ce droit à l'information par le droit civil. En effet, la Cour de cassation estime que « la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »³. La première Chambre civile de la Cour de cassation a, d'ailleurs, rappelé que « la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine »⁴. Le fait de publier l'image d'une personne entravée ou emprisonnée alors qu'elle n'a pas encore été condamnée peut être considéré comme une atteinte à la dignité de celle-ci. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que le fait pour une personne d'être parue en public pendant deux heures menottée, ne constituait pas une violation de l'article 3 de la Convention européenne⁵. L'article 3 protège un certain degré d'atteinte à la dignité. Il est possible ici de considérer que ce degré n'était pas atteint. Cependant, l'article 3 ne vise que la dignité physique. Ne peut-on pas considérer que la publication de l'image d'une personne privée de sa liberté alors qu'elle n'est pas encore condamnée participe à renforcer la présomption de culpabilité de celle-ci et porte ainsi atteinte à sa dignité morale ?

970. Cependant, cette comparaison de l'article 35 ter avec la jurisprudence civiliste relative au droit à l'image conduit à se demander si cette disposition n'a pas surtout une valeur symbolique. La victime de cette publication peut, semble-t-il, parfaitement agir sur le fondement de l'article 9 du Code civil pour atteinte à son droit à l'image. Sans doute le législateur a-t-il souhaité ainsi

¹ Crim. 8 juin 2004, *Bull.* n°156 ; Crim. 7 décembre 2004, *Dr. Pén.* 2005 Comm. n°56 note MARON (A.).

² Notamment Civ. 1^{ère} 20 février 2001, *Bull.* n°42 ; Civ. 1^{ère} 16 mai 2006, *Bull.* n°247.

³ Civ. 1^{ère} 20 février 2001 Aff. du RER St Michel, *D.* 2001 JP p. 1199 note GRIDEL (J.P.).

⁴ Civ. 1^{ère} 12 juillet 2001, *Bull.* n°222 ; RAVENAS (J.), « La liberté d'information par la presse sur les affaires en cours », *JCP* 2002 II 10152.

⁵ MAURER (B.), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 1999, p. 283.

permettre à la victime de cette publication d’avoir recours à une sanction frappant un peu plus les esprits qu’une simple action civile. Le législateur renforce ainsi la protection de la dignité morale de l’individu contraint. Toutefois, l’article 48 de la loi de 1881 dispose, en son 7^o, que « dans le cas de diffusion de l’image d’une personne menottée ou entravée prévue par l’article 35 ter, la poursuite n’aura lieu que sur plainte de la personne intéressée ». Cette infraction ne protège que les intérêts privés de l’individu contraint. La dignité morale apparaît comme un droit de la personnalité.

971. D’ailleurs, la loi du 4 janvier 1993 a dérogé à la tradition répressive des excès de la publicité par la création d’un nouveau droit de la personnalité protégeant expressément l’un des aspects de la dignité au sens large de l’individu contraint.

B- La création d’un nouveau droit

972. Par l’introduction de l’article 9-1 du Code civil, le législateur a accordé à l’individu contraint un droit à la présomption d’innocence (1^o). Toutefois, son interprétation reste restrictive (2^o).

1^o / La consécration d’un droit à la présomption d’innocence

973. Par la création de l’article 9-1 du Code civil, la loi du 4 janvier 1993 a reconnu un nouveau droit à l’homme contraint. Ce droit a, au fil des réformes, été étendu.

974. La loi du 4 janvier 1993. Lors de l’adoption de la loi du 4 janvier 1993, le législateur a introduit à l’article 9-1 du Code civil le droit à la présomption d’innocence, abandonnant pour la première fois le système purement répressif dominant le droit français depuis la loi de 1881. Alors que depuis celle-ci le législateur avait eu recours au juge pénal pour lutter contre les dérives des médias, la loi de janvier 1993 a opté pour un système de réparation et non plus simplement de répression. Certains auteurs se sont, d’ailleurs, étonnés du fait que le législateur français fasse désormais plus confiance au juge civil qu’au juge pénal pour protéger la présomption

d'innocence¹. Il est vrai qu'ainsi le législateur laisse à la victime d'une atteinte à la présomption d'innocence le choix entre la voie pénale, sur le fondement de la diffamation, et la voie civile. Si cela tend, *a priori*, à un renforcement de la protection de la présomption d'innocence, cela complique la lisibilité des règles applicables aux médias par la multiplication des sources et l'éparpillement des textes. Cependant, la seule voie pénale peut avoir un effet dissuasif à l'égard de personnes qui sont déjà mises en cause au cours d'une procédure pénale. De plus, pour certains le droit pénal ne devrait intervenir qu'en dernier recours lorsque les autres voies, notamment le droit civil, se révèlent défailtantes². Il est, par ailleurs, possible de voir dans cette nouvelle conception de l'équilibre entre la liberté de la presse et les « droits d'autrui » l'influence du droit international et plus particulièrement du Conseil de l'Europe. La Cour européenne des droits de l'homme estime, en effet, que le droit de jouir d'une bonne réputation est un droit de caractère civil³.

975. Il est remarquable que l'article 9-1 du Code civil soit construit de la même façon que l'article 9 du même code protégeant la vie privée. Alors que l'alinéa 1^{er} de l'article 9 du Code civil reconnaît que « chacun a droit au respect de sa vie privée », l'alinéa 2 dispose que « les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toute mesure, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ». De même, l'alinéa 1^{er} de l'article 9-1 du Code civil reconnaît que « chacun a droit au respect de la présomption d'innocence », et l'alinéa 2 permet de demander au juge civil qu'il ordonne l'insertion d'un communiqué, y compris en référé, afin de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence. Le législateur de 1993 a donc procédé par imitation de l'article 9 du Code civil. D'ailleurs, l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe a le 23 janvier 1970 adopté une résolution selon laquelle « le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non divulgation de faits inutiles et embarrassants »⁴. Ceci conduit à

¹ KRAMER (P.), « Les rapports justice-médias et la loi du 15 juin 2000 », *Gaz. Pal.* 23 décembre 2000 n°358 p. 50.

² FRANCILLON (J.), « Médias et droit pénal Bilan et perspectives », *RSC* 2000 p. 59 à 78.

³ CEDH 13 juillet 1995, Tolstoy Miloslavsky contre Royaume-Uni, Requête n° 18139/91 ; CEDH 29 octobre 1991 Aff. Helmers.

⁴ Résolution 428 (1970) portant déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, adoptée par l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe le 23 janvier 1970.

s’interroger sur l’utilité réelle de l’article 9-1, l’article 9 pouvant parfaitement jouer le rôle de protection de la présomption d’innocence¹.

976. De plus, l’article 1382 du Code civil peut également permettre d’indemniser la victime d’une atteinte à la présomption d’innocence. En effet, la réparation fondée sur cet article suppose une faute, en l’espèce la publication de propos attentatoires à la présomption d’innocence, un préjudice, le préjudice moral lié à l’atteinte à la présomption d’innocence², et enfin un lien de causalité entre la faute et le préjudice qui ne pose pas de difficulté dans une telle hypothèse³. Cependant, depuis la loi de 1993, l’article 1382 apparaît comme une règle générale par opposition à l’article 9-1 du Code civil, règle spéciale protégeant la présomption d’innocence. D’ailleurs, reprenant une solution désormais traditionnelle relative à la loi de 1881, la Cour de cassation estime désormais que l’article 1382 du Code civil ne peut s’appliquer lorsque la victime peut saisir le juge civil sur le fondement de l’article 9-1, faisant ainsi application du principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale⁴. Il est possible de considérer que la Cour de cassation prive ainsi les requérants d’une voie de recours et viole les articles 6 et 10§2 de la Convention européenne des droits de l’homme. Cependant, les conditions de l’indemnisation de l’article 9-1 du Code civil sont, dans une certaine mesure, plus souples que celles de l’article 1382. En effet, le requérant n’a pas à apporter la preuve d’une faute et d’un préjudice mais seulement d’une atteinte à la présomption d’innocence appréciée de manière objective. La charge de la preuve semble ainsi plus légère sur ce fondement⁵.

977. En réalité, la création de l’article 9-1 a, avant tout, une portée symbolique forte. En effet alors qu’avec la Déclaration des droits de l’homme, la présomption d’innocence était une prérogative du citoyen à l’égard des autorités publiques, par la création de l’article 9-1, la loi du 4 janvier 1993 l’a transformé en droit subjectif de la personnalité opposable à tous, même aux simples particuliers⁶.

¹ Voir notamment BENILLOUCHE (M.), *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, PUAM, 2004, n°153.

² Pour une tentative de définition et d’évaluation du préjudice subi en la matière voir DOUAOUI (M.D.), « La réparation du trouble médiatique », *D.* 2001 Chr. p. 1333 à 1339.

³ En ce sens voir TGI Paris 1^{er} mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. p. 445.

⁴ Civ. 2e 8 mars 2001, 2e arrêt, *Gaz. Pal.* 2001 p. 831 note GUERDER.

⁵ LAURENT (N.), *La notion de suspect en matière pénale*, Thèse Lyon 3, 2001, n°466. A contrario DERIEUX (E.), « Répression et réparation des abus de la liberté d’expression », *LPA* 18 mai 2001 p. 21.

⁶ ADER (B.), « Les réformes de 1993 et 2000 et la jurisprudence de la Cour EDH », in *Droit à l’information et secret de l’enquête et de l’instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 77 à 78.

La définition des droits subjectifs est assez difficile à donner, chaque auteur ayant mis en exergue tel ou tel aspect sans qu'une réelle synthèse ait été établie. Cependant, il semble que toutes ces définitions conduisent à considérer que les caractéristiques des droits subjectifs sont la reconnaissance par le droit objectif de certaines prérogatives permettant d'exercer certains pouvoirs afin de préserver des intérêts opposables aux tiers. « En l'absence d'intérêt et de volonté du titulaire du droit, en l'absence de protection organisée par le droit positif ou en l'absence d'opposabilité du droit à autrui, les droits subjectifs ne seraient que des mirages »¹. D'ailleurs, selon Motulsky, « avoir un droit subjectif ne signifie rien d'autre que d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer « l'effet juridique » d'une règle de Droit »². En permettant à l'individu s'estimant victime d'une atteinte à sa présomption d'innocence de saisir le juge civil afin d'ordonner l'insertion d'un communiqué et d'obtenir réparation de son préjudice, le législateur crée ainsi bien un nouveau droit subjectif.

Quant à la notion de droit de la personnalité, elle est contestée. En effet, certains auteurs se sont demandés s'il s'agissait réellement de droits, le consentement de la victime constituant un fait justificatif excluant toute responsabilité³. Cependant, les droits de la personnalité ont pour fonction de permettre au titulaire de s'opposer aux tiers et d'obtenir réparation en cas d'atteinte à cette prérogative sans avoir à établir une faute de la part de ce tiers. La reconnaissance d'une prérogative en tant que droit de la personnalité renforce dès lors celle-ci. Aucune faute n'étant exigée pour que l'article 9-1 reçoive application, il s'agit bien d'un droit de la personnalité⁴.

978. Les réformes ultérieures. Dans sa formulation issue de la loi du 4 janvier 1993, l'alinéa 2 de l'article 9-1 du Code civil disposait que « lorsqu'une personne est, avant tout condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, ordonner l'insertion d'un rectificatif ou la diffusion d'un communiqué aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence ». Certaines juridictions en avaient déduit que les médias ne pouvaient pas mentionner le nom de toute personne mêlée à une affaire pénale⁵. Aussi, le législateur a-t-il profité de la loi du 24 août

¹ BERGEL (J.L.), *Théorie générale du droit*, 2e édition, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1989, n°28 et 29.

² MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, n°26.

³ Voir notamment BRAUD (P.), *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, p. 80 à 83.

⁴ Voir notamment MALAURIE (P.), *Les personnes Les incapacités*, 2e édition, Defrénois, Droit civil, 2005, n°315.

⁵ Voir sur ce point AUVRET (P.), « Le droit au respect de la présomption d'innocence », *JCP* 1994 I 3802 ; DERIEUX (E.), « Rappel des normes en présence et de la réalité de leur application », *in Droit à l'information et secret de*

1993 pour restreindre le champ d’application de l’alinéa 2. A la suite de cette réforme étaient seules visées les personnes placées en garde à vue, mises en examen, citées à comparaître, objet d’un réquisitoire du procureur de la République ou d’une plainte avec constitution de partie civile, présentées comme étant coupables de faits faisant l’objet d’une enquête ou d’une instruction. Le législateur exigeait donc que la personne soit déjà impliquée dans le processus pénal et non simplement visée par la presse. Cependant, en conditionnant ainsi la mise en œuvre de l’alinéa 2, le législateur réduisait considérablement le champ d’application de cette mesure, diminuant d’autant la protection de la présomption d’innocence. Plusieurs interprétations de l’ensemble de l’article 9-1 du Code civil étaient envisageables¹. En effet, il était possible de se demander si seules les personnes impliquées dans un tel processus pouvaient par exemple obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l’alinéa 1^{er}. Le droit à la présomption d’innocence était-il réservé aux seules personnes, par exemple, placées en garde à vue, ou toute personne était-elle titulaire de ce droit ? La première Chambre civile de la Cour de cassation semblait réserver l’application de l’article 9-1 du Code civil aux personnes poursuivies pénalement². Aussi, la loi du 15 juin 2000 a-t-elle repris la rédaction issue de la loi de janvier 1993. Actuellement, il n’est donc plus nécessaire que la personne soit juridiquement partie à une procédure pénale pour pouvoir obtenir l’insertion d’un communiqué. En revanche, il faut toujours que les faits imputés fassent l’objet d’une enquête ou d’une instruction³. Le législateur a ainsi généralisé le champ d’application de l’article 9-1 du Code civil qui prend le relai de l’article 11 du Code de procédure pénale lorsqu’une atteinte à l’intégrité morale par une personne extérieure est constatée⁴.

979. Cependant, en contradiction avec cette extension législative du champ d’application de l’article 9-1 du Code civil, la jurisprudence se limite à une interprétation restrictive de cet article.

2°/ Une interprétation restrictive

980. La jurisprudence interprète de manière restrictive aussi bien les conditions de fond d’application de l’article 9-1 que ses conditions procédurales.

l’enquête et de l’instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004, Légicom, 2005, p. 27 à 38.

¹ Voir AUVRET (P.), « Le droit au respect de la présomption d’innocence », *JCP* 1994 I 3802.

² Civ. 1^{er} 6 mars 1996, *Bull.* n°123.

³ Sur cette réforme voir FRANCILLON (J.), « Liberté d’expression, dignité de la personne et présomption d’innocence », *RPDP* 2001 p. 195 à 214.

⁴ Sur ce point voir Crim. 24 novembre 2010, pourvoi n°10-86.713 ; *D.* 2011 p. 782 obs. DREYER (E.).

981. L'interprétation restrictive des conditions de fond de l'article 9-1. Dans les premières années d'application de l'article 9-1 alinéa 1^{er}, la jurisprudence a choisi une interprétation extensive de cette disposition. Ainsi, certaines juridictions du fond n'hésitaient pas à retenir une atteinte à la présomption d'innocence dès lors qu'une personne avait été présentée dans un journal comme étant « impliquée » dans une affaire judiciaire en cours¹. Cependant, par la suite, la Cour de cassation est revenue à une application beaucoup plus restrictive de l'article 9-1 alinéa 1. En effet, dans une décision du 6 mars 1996, la première Chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « l'atteinte à la présomption d'innocence, contre laquelle l'article 9-1 du Code civil instaure une protection, consiste à présenter publiquement comme coupable, avant condamnation, une personne poursuivie pénalement » en l'espèce mise en examen². Cette formule a été reprise dans divers arrêts ultérieurs notamment dans un arrêt du 19 octobre 1999. Dans cette dernière espèce, la cour d'appel avait estimé que « la présentation de Monsieur G., par l'accumulation d'éléments – présentation inéluctable devant la Cour d'assises, qualification pénale de meurtre, imbrication de son nom avec celui de son fils, qui avait comparu devant la Cour d'assises des mineurs – « ne pouvait qu'inexorablement entraîner le lecteur à la conviction que l'intéressé ne pouvait être que coupable ». Selon la Cour de cassation « en se déterminant ainsi, alors que l'écrit litigieux ne contenait pas de conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité, la cour d'appel a violé le texte susvisé »³. Dans un arrêt du 12 juillet 2001, la première Chambre civile de la Cour de cassation a de nouveau souligné que « l'atteinte à la présomption d'innocence suppose que l'écrit litigieux contienne des conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité de la personne visée »⁴. Ainsi, tout est question de présentation. Cependant, alors que la Cour de cassation semble ici exiger l'affirmation de la culpabilité, en matière de diffamation la Chambre criminelle de la Cour de cassation se contente d'une présentation dubitative⁵. De plus, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation confirme qu'il ne peut y avoir atteinte à la présomption d'innocence et écarte l'application de l'article 9-1 lorsqu'une Cour d'appel « retient que si la mention dans le titre du

¹ TGI Lille 22 février 1993, *Légipresse* 1993 n°100 III p. 37. Pour l'une des premières applications de l'article 9-1 du Code civil voir Toulouse 5 juillet 1993, *D.* 1994 p. 382 ; RAVENAS (J.), « Manquement à la présomption d'innocence par voie de presse : présentation publique de la culpabilité d'une personne », *D.* 1994 p. 382.

² Civ. 1^{er} 6 mars 1996, *Bull.* n°123.

³ Civ. 1^{er} 19 octobre 1999, *Bull.* n°286.

⁴ Civ. 1^{er} 12 juillet 2001, préc. ; RAVANAS (J.), « La liberté d'information par la presse sur les affaires judiciaires en cours », *JCP* 2002 II 10152. Dans le même sens voir Civ. 2^e 20 juin 2002, *Bull.* n°142.

⁵ Crim. 14 mai 17 juillet 1985, *Bull.* n°267 ; Crim. 14 mai 1991, *Dr. Pén.* 1991 n°248 note MARON (A.)

numéro des 21-22 octobre 1995 d'un « couple d'incendiaires » peut être constitutive d'une diffamation ou d'une atteinte à la présomption d'innocence, en ce qu'elle omet de préciser qu'il s'agit d'un couple accusé d'être incendiaire, le contenu des articles relate objectivement les débats devant la Cour d'assises, sans appréciation personnelle du journaliste sur la personnalité des accusés, l'auteur des articles ayant souligné les insuffisances de l'accusation, et il n'est pas établi par les demandeurs que le journaliste aurait publié des informations inexactes dans l'intention de leur nuire ou avec une légèreté blâmable¹. A lire cet arrêt en cas de relation objective, il reviendrait au requérant d'apporter la preuve d'une intention de nuire ou à défaut d'une légèreté blâmable. Cet arrêt se montre dès lors extrêmement protecteur de la presse en réintroduisant de manière implicite l'exigence d'une certaine faute de la part du journaliste. Cependant, cette référence à une faute paraît étonnante au regard de l'article 9-1 du Code civil. Elle peut, toutefois, s'expliquer par le fait que les juges étaient à la fois saisis sur le fondement de la diffamation et de l'article 9-1 du Code civil et ont raisonné en même temps sur ces deux fondements. Aucune déduction ne peut dès lors être faite de cette référence. Même si on retrouve l'idée que le droit pénal s'applique en cas de défaillance de la voie civile et qu'il est autonome par rapport au droit civil, il est regrettable que la définition de l'atteinte à la présomption d'innocence ne soit pas la même selon la juridiction saisie². Ceci renforce l'impression de désordre et d'incertitude juridique existant en la matière. D'ailleurs, il faut également noter que si la Chambre criminelle de la Cour de cassation se montre sévère à l'égard des journalistes, au contraire la première Chambre civile de la Cour de cassation est extrêmement protectrice de la liberté de la presse.

982. L'interprétation restrictive des conditions procédurales. Introduit par la loi du 4 janvier 1993, l'article 65-1 de la loi de juillet 1881 dispose que « les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence commise par l'un des moyens visés à l'article 23 se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité ». Le législateur a, par conséquent, prévu la prescription des actions fondées sur l'article 9-1 du Code civil dans la loi de 1881. Cet éclatement des dispositions a été justifié par l'idée que les atteintes à la présomption d'innocence ne sont pas seulement dues à la presse. Cependant, il faut noter que cela complique l'action des justiciables. En effet, selon les auteurs de l'atteinte à la présomption

¹ Civ. 2^e 21 juin 2001, *LPA* 29 août 2001 p. 6 note DERIEUX (E.)

² Voir DUBERNAT (S.A.) note sous Civ. 1^{er} 19 octobre 1999, *D.* 2000 JP p. 737 à 740 ; MAISONNEUVE (P.), « Les divulgations de la police et des magistrats à la presse », in *Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 41.

d'innocence, les victimes n'ont pas le même délai d'action¹. Celui prévu lorsque l'atteinte est provoquée par la presse n'est que de trois mois². De plus, la jurisprudence interprète cet article de manière extrêmement restrictive compliquant ainsi encore plus l'action dont les victimes d'une atteinte à la présomption d'innocence sont titulaires. En effet, dans un arrêt du 8 juillet 2004, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a estimé que ce délai de trois mois court de nouveau à compter de chaque acte interruptif de la prescription abrégée prévue par ce texte. Jusqu'ici la Cour de cassation estimait qu'il suffisait à la victime de saisir les juridictions dans le délai de trois mois à compter de la publication litigieuse, le délai de prescription étant suspendu pendant toute la procédure judiciaire comme toujours en matière civile. Il semble que, désormais, non seulement la victime doit agir dans les trois mois mais, de plus, qu'elle doit réitérer sa demande tous les trois mois pour éviter que la prescription ne soit acquise. La Cour de cassation estimant que cette nouvelle interprétation de l'article 65-1 était sévère, décida, toutefois, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'elle ne s'appliquerait pas à l'affaire en cours³. Il s'agit du premier exemple de modulation dans le temps de la jurisprudence par la Cour de cassation. Celle-ci semble ainsi reconnaître un pouvoir créateur de droit à la jurisprudence. Cette solution, calquée sur le système de l'article 65 de la loi de 1881, a été réitérée par l'Assemblée plénière dans un arrêt du 21 décembre 2006⁴. A cette occasion, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pose un attendu de principe selon lequel « les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 instaurent, pour les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, un délai de prescription particulier qui déroge au droit commun de la prescription des actions en matière civile ; que ces dispositions, d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement d'introduire l'instance dans les trois mois de la publication des propos incriminés, mais aussi d'accomplir tous les trois mois un acte de procédure manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance ». Cette jurisprudence est favorable à la liberté de la presse au détriment de la protection de la présomption d'innocence. Le juge vient ainsi bouleverser l'équilibre entre la liberté de la presse et les droits des personnes mises en cause.

¹AUVRET (P.), « Le droit au respect de la présomption d'innocence », *JCP* 1994 I 3802.

² Le délai de droit commun est aujourd'hui de cinq ans.

³ Civ. 2^e 8 juillet 2004, pourvoi n°01-10426, inédit.

⁴ Ass. Plén. 21 décembre 2006, *JCP* 2007 II 10040. Dans le même sens Civ. 1^e 31 janvier 2008, *JCP* 2008 I 209.

983. Conclusion. Le législateur français a tenté de mettre en place un équilibre entre publicité et secret afin de protéger la dignité morale de la personne suspectée au cours de la phase préparatoire. Cet équilibre est d’autant plus nécessaire que cette personne est soumise à une mesure de contrainte. Cependant, au fil de ces développements, il est apparu qu’il convient de rédiger de manière claire les différents textes assurant cet équilibre. Il serait également souhaitable de mettre fin à leur éparpillement. En effet, la sécurité juridique des médias et la protection de la dignité des personnes nécessitent que le législateur fixe clairement l’équilibre entre la liberté de la presse et le respect de l’être humain. Le législateur ne saurait permettre au juge de modifier cet équilibre. Cela est d’autant plus important que juge civil et juge pénal sont loin d’adopter des solutions équivalentes, le premier privilégiant la liberté de la presse contrairement au second, même si une évolution est apparue récemment.

Conclusion du Titre II

984. En tant qu'être humain, l'individu contraint bénéficie d'une protection de sa dignité. Cette notion, consacrée par les textes internationaux en réaction aux atrocités de la Seconde guerre mondiale, a connu depuis lors une évolution remarquable. En effet, entendue dans un premier temps comme étant synonyme du respect de l'intégrité physique de l'individu, elle comprend aujourd'hui également l'intégrité morale. De plus, l'évolution de sa définition s'est accompagnée d'une modification de sa qualification juridique. Cette valeur fondamentale attachée à l'être humain est aujourd'hui un véritable droit de l'être humain. La dignité tant physique que morale fait l'objet d'une attention particulière en cas de recours à la contrainte probatoire. En effet, celle-ci constitue un contexte suspect au regard de l'effectivité du respect de la dignité de l'être humain. L'exercice de la contrainte probatoire peut facilement conduire à des excès tant de la part des autorités titulaires de ce pouvoir que de l'opinion publique. Malgré tout, ce nouvel encadrement de la contrainte probatoire mérite encore d'être renforcé. Un certain nombre de lacunes tant législatives que jurisprudentielles remettant en cause l'effectivité du respect de la dignité en toutes ses composantes peuvent être relevées.

Conclusion de la Partie II

985. Avec l'adoption des textes internationaux fondateurs des droits de l'homme, l'après Seconde guerre mondiale est marqué par l'apparition de nouveaux droits subjectifs constitués majoritairement de « droit à »¹. Le « droit à » est une prérogative dont l'opposabilité aux tiers est subordonnée à certaines conditions permettant une appréciation au cas par cas. Le « droit à » permet à l'individu de revendiquer quelque chose à l'égard des tiers en cas de défaillance des règles générales. Le contexte de la contrainte conduit à l'apparition de nombreux « droits à ». Ainsi, l'individu contraint bénéficie d'un droit à un contrôle par le juge en cas de défaillance des autorités et d'abus de leur part. De même, l'individu contraint se voit reconnaître peu à peu un véritable droit au respect de sa dignité en raison des défaillances relevées dans les conditions matérielles de mise en œuvre de certaines mesures de contrainte. Le droit à la présomption d'innocence, et de manière plus générale le droit au respect de sa dignité morale, participe de la même idée. Quant aux droits de la défense, au regard des adaptations qu'ils subissent en cas de recours à une mesure de contrainte, il est possible de se demander s'ils ne se transforment pas à leur tour en « droit à » de l'homme contraint.

986. Le « droit à » permet une certaine adaptation d'une règle au regard du contexte. Il s'agit d'une prérogative conditionnée. Par sa souplesse, le « droit à » participe dès lors de la notion même d'encadrement. La reconnaissance progressive de ces « droits à » permettent peu à peu de créer un véritable statut de l'homme contraint titulaire de prérogatives devant être conciliées avec l'indépendance de la justice et l'efficacité de la recherche de la vérité.

987. L'organisation matérielle de la mise en œuvre de ces « droits à » nécessite encore un certain nombre d'améliorations imposant une réflexion d'ensemble approfondie.

¹ Pour plus de développement sur le « droit à » voir PICHARD (M.), *Le droit à Etude de législation française*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.

Conclusion générale

988. « Il faut pourtant saisir l'utopie, lui imposer le joug du réel, et l'encadrer dans le fait. L'idée abstraite doit se transformer en idée concrète ; ce qu'elle perd en beauté, elle le regagne en utilité ; elle est moindre, mais meilleure. Il faut que le droit entre dans la loi ; et quand le droit s'est fait loi, il est absolu »¹.

989. Par ces quelques mots, Victor Hugo nous permet de résumer toute la problématique de l'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale. En effet, si, par extension, l'utopie désigne aujourd'hui, de manière courante, une idée chimérique, initialement elle désignait un projet d'organisation politique idéale. Avec l'adoption des textes fondateurs des droits de l'homme, ce projet d'organisation politique idéale est la Société démocratique respectueuse de l'ensemble des droits et libertés des individus, considérés à la fois comme citoyens et êtres humains, qui la composent. En tant que citoyen, l'individu est lié à l'Etat. En tant qu'être humain, il est à la fois membre d'un groupe et un être unique, autonome. Dans une Société démocratique, l'homme en tant que citoyen est titulaire de prérogatives qu'il peut opposer à l'Etat, mais il est également titulaire, en tant qu'être humain, de prérogatives qu'il peut opposer aux autres membres du groupe et exercer dans son intérêt.

« Saisir l'utopie, lui imposer le joug du réel », transformer l'idée abstraite en idée concrète, suppose non seulement de proclamer ces prérogatives mais aussi de les rendre effectives. Une valeur fondamentale se transforme alors sous l'effet des difficultés pratiques de sa mise en œuvre. Elle va s'adapter aux circonstances politiques, sociales, procédurales, quotidiennes de la Société. « Ce qu'elle perd en beauté, elle le regagne en utilité ». En effet, ce ne sont que cette reconnaissance et cette effectivité qui sont utiles à l'être humain – citoyen. A défaut, une valeur jugée fondamentale dans une Société démocratique resterait une utopie, cette fois-ci au sens courant et négatif. Les prérogatives abstraitement reconnues à l'individu doivent se concrétiser au sein des règles régissant la Société. « Il faut que le droit entre dans la loi ».

Par définition, la contrainte probatoire mise en œuvre au cours d'une procédure pénale s'oppose aux libertés et droits fondamentaux de l'homme. Néanmoins, les mesures de contrainte possibles

¹ HUGO (V.), Quatrevingt-treize, Folio n°1093, p. 470.

lors de la phase préalable au jugement se multiplient. Dès lors, pour ne pas rester de simples utopies, ces libertés et droits fondamentaux doivent se concrétiser. Ces valeurs fondamentales vont « perdre en beauté » en ce qu'elles vont être quelque peu mises à mal par l'exercice du pouvoir de contrainte. Une conciliation est opérée entre ces valeurs fondamentales et les impératifs liés à la recherche de la vérité. Cela se manifeste par la mise en place d'un encadrement de la contrainte probatoire. Par cet encadrement « le droit entre dans la loi ». Ainsi, l'effectivité du respect de la liberté individuelle se concrétise à la fois par les principes de légalité et de légitimité de la création et de l'attribution du pouvoir de contrainte probatoire et par les principes de nécessité et de proportionnalité *in concreto* des mesures mises en œuvre. L'effectivité du respect des droits de l'être humain se matérialise par la reconnaissance de droits de l'individu contraint à sa dignité physique et morale mais aussi à se défendre contre l'accusation portée à son encontre et à contester la mesure de contrainte à laquelle il est soumis.

990. Cette démarche, consistant à partir de la valeur fondamentale dont l'effectivité du respect est recherchée, permet de s'extraire des classifications traditionnelles de la contrainte. Elle conduit à une réflexion d'ensemble ayant pour sujet le pouvoir de contrainte probatoire. Pourtant, le législateur actuel semble rejeter une telle réflexion. Il a tendance, le plus souvent, à s'engager dans une réflexion ponctuelle, propre à une mesure particulière de contrainte. Le projet de réforme de Code de procédure pénale, quelque peu « mis de côté » et ayant pour l'instant conduit à une « simple » réforme ponctuelle de la garde à vue, en est un exemple. Une telle démarche ne peut qu'être source d'hésitations, de lacunes, voir d'incohérences. De plus, le législateur se doit d'être prudent dans son œuvre de conciliation et ne privilégier ni la recherche de la vérité au risque de tendre à la négation des valeurs fondamentales ni les prérogatives de l'individu au risque de paralyser la recherche de la vérité. Cette prudence implique, également, une réelle réflexion sur les implications des réformes législatives. Cette réflexion doit être murie. Cependant, depuis ces dernières décennies la multiplication et l'accélération des réformes ponctuelles ne peut qu'être constatée. « Chacun peut supputer, s'il est de sang-froid, que ses risques d'avoir un jour effectivement à faire avec le droit pénal sont, a priori, statistiquement faibles. L'individu tente alors sa chance, qui est l'ultime liberté, de vivre comme si le droit n'existait pas. La sympathie, cependant, la fraternité, la charité le portent à s'interroger sur ses semblables malchanceux qui nourrissent la statistique. Il y a ainsi, en droit pénal, une mauvaise conscience juridique qui provoque le désir, parfois l'exigence des réformes. C'est une inquiétude

active vers un droit d'où l'inquiétude serait bannie »¹. Cette inquiétude de l'opinion publique conduit bien souvent le législateur à intervenir précipitamment. La volonté d'adapter la procédure pénale à la Société ne doit pas tendre à un recul des droits de l'homme dans un but sécuritaire. En outre, est-ce la fonction du législateur de répondre à toutes les préoccupations de l'opinion publique ? Trop de lois, trop de réformes sans réflexion d'ensemble risque de nuire à l'efficacité de l'encadrement des mesures de contrainte et par ricochet à l'effectivité du respect de la liberté individuelle et des droits de l'être humain.

991. Pourtant, ce n'est que lorsque « le droit s'est fait loi qu'il est absolu ». L'étude des règles actuelles conduit, ainsi, à s'interroger sur la force réelle d'un certain nombre de principes et « droits à » encadrant la contrainte probatoire, malgré les nombreuses réformes ponctuelles de ces dernières décennies. Le contrôle du respect de ces principes et droits à est, en effet, bien souvent insuffisant. En outre, la garde à vue semble encore aujourd'hui le bastion de la procédure inquisitoire même si la loi du 14 avril 2011 peut conduire à une remise en cause, au moins partielle, de ce constat. Par ailleurs, la gravité particulière d'une infraction justifie de la part du législateur certaines dérogations, ou du moins certaines atténuations, de ces principes et droits. De telle sorte que certains s'interrogent sur la création d'une justice à deux vitesses. Plus précisément, le constat d'un nouveau cadre d'enquête apparaîtrait avec toutes les réticences qu'une classification peut susciter.

992. Afin d'assurer l'efficacité réelle de l'encadrement de la contrainte probatoire, il est possible d'envisager la construction d'un véritable statut de l'homme contraint. En effet, le recours à une mesure de contrainte conduit à chaque fois le législateur et le juge à adopter une définition spécifique des « droits à » constituant l'encadrement de la contrainte probatoire, ce contexte impliquant une problématique particulière. Plutôt que de partir des différents droits et libertés et d'envisager les conséquences de ceux-ci dans les différents cas de contrainte, ne faudrait-il pas créer un véritable statut de l'individu contraint assurant l'effectivité des droits et libertés individuels ? La création de ce statut serait indissociable d'un recours aux standards et aux « droits à » du fait de leur souplesse permettant une adaptation au cas par cas et renforçant dès lors l'équilibre nécessaire entre effectivité des prérogatives de l'individu et recherche de la vérité. La première étape vers la mise en place d'un tel statut pourrait être une refonte de l'article

¹ CARBONNIER (J.), *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^e édition, 1998, p197.

préliminaire du Code de procédure pénale. Il pourrait y être introduit un paragraphe propre aux mesures de contrainte probatoire plus complet que les dispositions actuelles. Ce paragraphe pourrait être rédigé ainsi :

« Les personnes suspectées ne peuvent faire l'objet que de mesures de contrainte légitimement créées et attribuées par la loi.

Lorsqu'elles sont privatives de liberté, ces mesures ne peuvent être ordonnées que par décision motivée de l'autorité judiciaire. L'ensemble des autres mesures de contrainte sont prises sur décision motivée ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire.

Les mesures de contrainte doivent être strictement limitées aux nécessités concrètes de recherche de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et à la complexité de la recherche de la vérité et de la procédure.

Leur exécution ne doit pas être un obstacle à l'exercice des droits résultant du principe du procès équitable.

Elles ne doivent porter atteinte ni à la dignité physique ni à la dignité morale de la personne.

Toute mesure de contrainte peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité judiciaire selon une procédure respectueuse du procès équitable ».

Cette création d'un statut de l'individu contraint serait utilement complétée par une énumération légale exhaustive des mesures de contrainte probatoire.

993. En outre, la mise en œuvre des mesures de contrainte montre le maintien de réflexes liés à la procédure inquisitoire alors que cette phase s'oriente de plus en plus vers l'accusatoire. Un renforcement de l'efficacité de l'encadrement des mesures de contrainte semble, dès lors, également passer par une réforme des personnes titulaires de la contrainte ou chargées de son contrôle. Une dissociation totale entre ces autorités est nécessaire. L'efficacité de l'encadrement des mesures de contrainte conduit, d'une part, à consacrer l'indépendance du ministère public qui serait en charge de la totalité de la recherche des éléments de preuve soumis au juge de jugement et, d'autre part, à instituer un véritable juge de la phase préalable au jugement chargé de s'assurer du respect de l'encadrement des mesures de contrainte et plus largement de la légalité et de la conventionnalité de l'ensemble des actes de cette phase.

994. L'obligation pour les Etats de se conformer aujourd'hui aux textes internationaux conduit progressivement à la construction d'un nouveau modèle distinct des deux modèles traditionnels que sont l'inquisitoire et l'accusatoire. L'évolution de l'encadrement des mesures de contrainte n'est qu'une illustration de cette construction.

Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE

1- Ouvrages généraux

- **Sous la direction de DELMAS-MARTY (M.)**, *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1995.
- **Sous la direction de FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)**, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, coll. Les grandes décisions, 15^e édition, 2009.
- **Sous la direction de FAVOREU (L.)**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 13^e édition, 2010.
- **ATIAS (C.)**, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2^e édition refondue, 2004.
- **AUBRY (C.) et RAU (C.-F.)**, *Cours de droit civil*, Tome 12, 5^e éd. Par Bartin (E.), LGDJ, 1922.
- **BERGEL (J.L.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4^e édition, 2003.
- **BILLIER (J.C.) et MARYIOLI (A.)**, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, coll. Philosophie U, 2001.
- **BOULOC (B.)**, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 22^e édition, 2010.
- **BOUZAT (P.) et PINATEL (J.)**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome II, Dalloz, 2^e édition, 1970.
- **BUISSON (J.) et GUINCHARD (S.)**, *Procédure pénale*, Lexis Nexis, coll. Manuel, 7^e édition, 2011.
- **CARBASSE (J.M.)** :
 - o *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^e édition refondue, 2006.
 - o *Introduction historique au droit*, PUF, 1998.
- **CHAPUS (R.)** :
 - o *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 15^e édition, 2001.
 - o *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 13^e édition, 2008.
- **COLLIARD (C.A.) et LETTERON (R.)**, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Précis, 8^e édition, 2005.
- **CONTE (P.)**, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 3^e édition, 2007.
- **CORNU (G.)** :
 - o *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Prévis Domat droit privé, 2^e éd., 2000.
 - o *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd., 2000.
- **COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.)**, *Procédure civile*, Sirey, 16^e édition, 2011.
- **DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.)**, *Traité de droit administratif, Tome 1, Droit administratif général*, LGDJ, 16^e édition, 2001.
- **DEBBASCH (C.) et PONTIER (J.M.)**, *Introduction à la politique*, Dalloz, coll. Précis, 5^e édition, 2000.
- **DEMOGUE (R.)**, *Les notions fondamentales de droit privé Essai critique*, première publication en 1911, nouvelle publication aux éditions La mémoire du droit, 2001.

- **DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.)**, *Traité de procédure pénale*, Economica, Coll. Corpus droit privé, 2009.
- **DOMAT (J.)**, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Nouvelle édition revue corrigée et augmentée des 3^e et 4^e livres du droit public, Cellot Libraire-Imprimeur, 1777.
- **DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1^e éd., 1938.
- **DUGUIT (L.)** :
 - *Leçon de droit public général faites à la faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926*, édition La mémoire du droit, 2000.
 - *Manuel de droit constitutionnel*, Editions Panthéon Assas, 2007 (réédition de la quatrième édition de 1923).
 - *Traité de droit constitutionnel, Tome II, Théorie générale de l'Etat*, éditions E. De Boccard, 3^e édition, 1927.
- **ESMEIN (A.)**, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Editions Panthéon Assas, coll. Les incontournables, 2010 (réédition de l'édition de 1882).
- **FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)**, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, coll. Grandes décisions, 15^e édition, 2009.
- **FERRI (H.)**, *La sociologie criminelle*, traduction de Ferri (H.) sur la 3^e édition italienne complètement refondue et mise au courant de la science du droit pénal et de la procédure criminelle, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1893.
- **FOURMENT (F.)**, *Procédure pénale, Paradigme*, coll. Manuel, 12^e édition, 2011.
- **GAMBARO (A.), SACCO (R.) et VOGEL (L.)**, *Traité de droit comparé Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011.
- **GARCON (E.)**, *Code pénal annoté*, Tome I, Nouvelle édition refondue et mise à jour par ROUSSET (M.), PATIN (M.) et ANCEL (A.), éditions Sirey, 1952.
- **GARRAUD (R.)** :
 - *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1907.
 - *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome III, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912.
- **GAUDEMET (Y.)**, *Droit administratif*, LGDJ, 19^e édition, 2010.
- **GOYARD-FABRE (S.) et SEVE (R.)**, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, 2^e édition, 1993.
- **GUINCHARD (S.)** et autres, *Droit processuel Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, coll. Précis, 6^e édition, 2011.
- **HAURIOU (M.)**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002 (réédition de la 12^e édition de 1933).
- **HELIE (F.)** :
 - par BROUCHOT (J.), GAZIER (J.) et BROUCHOT (F.), *Analyse et commentaire du Code de procédure pénale (loi du 31 décembre 1957)*, Librairies techniques Libraire de la Cour de cassation, 1958.
 - *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, Tome 1er*, Henri Plon imprimeur éditeur, 2^e édition entièrement revue et considérablement augmentée, 1866.
 - *Traité de l'instruction criminelle*, Livre 5e, de la mise en prévention, de la mise en accusation, du règlement de compétence, tome V, 1867.
- **HERON (J.) et LE BARS (T.)**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Précis Domat droit privé, 2^e éd., 2002.

- **JEANDIDIER (W.) et BELOT (J.)**, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale*, PUF, coll. Thémis, 1986.
- **JEZE (G.)**, *Les principes généraux du droit administratif, Tome 1, La technique juridique du droit public français*, Dalloz, 2005 (réédition de la 3^e édition parue en 1925).
- **LAMBERT (L.)** :
 - *Traité théorique et pratique de police judiciaire à l'usage des commissaires de police ainsi que des procureurs de la République, des juges d'instruction et des autres officiers de police judiciaire*, Joannès Desvigne et Cie éditeurs, 2^e édition, 1947.
 - *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, éd. Desvigne, 3^{ème} édition, 1952.
- **MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)**, *Introduction générale à l'étude du droit*, Tome I, Sirey, 2^e éd., 1972.
- **MAZEAUD (H., L. et J.)** :
 - Par DE JUGLART (M.), *Leçons de droit civil*, Tome I, Montchrestien, 5^e éd., 1972.
 - et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Tome II, Les obligations théorie générale*, 1^e volume, Montchrestien, 9^e éd., 1998.
- **MERLE (R.) et VITU (A.)** :
 - *Traité de droit criminel, Tome I, Problèmes généraux de la science criminelle droit pénal général*, Cujas, 7^e édition, 1997.
 - *Traité de droit criminel Tome II, Procédure pénale*, Cujas, 5^e édition, 2001.
- **MORANGE (J.)**, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, coll. Droit fondamental Manuels, 2007.
- **PRADEL (J.)** :
 - *Droit pénal général*, CUJAS, 18^e édition, 2010.
 - *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis, 3^e édition, 2008.
 - *Procédure pénale*, éditions Cujas, coll. Référence, 15^e édition, 2010.
 - et CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 3^e édition, 2009.
 - et VARINARD (A.) *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 6^e édition, 2009.
- **RASSAT (M.L.)**, *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001.
- **RENUCCI (J.F.)**, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, coll. Manuel, 4^e édition, 2010.
- **RIVERO (J.)**, *Libertés publiques*, Tome I, PUF, coll. Thémis droit, 9^e édition mise à jour, 2003.
- **ROBERT (J.) et DUFFAR (J.)**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 8^e édition, 2009.
- **ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.
- **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.A.)**, *Eléments d'introduction à la philosophie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, volume XXI, 1976.
- **STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Introduction au droit*, Litec, 5^e éd., 2000.
- **STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.)**, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 18^e éd., 2001.
- **SUDRE (F.)** :
 - *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. Droit fondamental droit international, 10^e édition refondue et augmentée, 2010.
 - MARGUENAUD (J.P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.) et LEVINET (M.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5^e édition mise à jour, 2009.
- **TERRE (F.)**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 1998.

Bibliographie

- **TOURET (D.)**, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit : la biologique du droit*, Litec, 2^e édition revue et augmentée, 2003.
- **VEDEL (G.)**, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition de l'ouvrage paru en 1949 aux Editions Sirey).
- **VIDAL (G.)**, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9^e éd. Refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence à partir de la 5^e éd. Par Magnol (J.), Tome II, éd. Rousseau, 1949.
- **VILLEY (E.)**, *Précis d'un cours de droit criminel comprenant l'explication du Code pénal, du Code d'instruction criminelle en entier et des lois qui les ont modifiés jusqu'à la fin de l'année 1905*, éd. G. Pédone-Lauriel, 1906.
- **VILLEY (M.)** :
 - o *La formation de la pensée juridique moderne Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Montchrestien, Nouvelle édition corrigée, 1975.
 - o *Philosophie du droit Définitions et fins du droit Les moyens du droit*, Dalloz, 2001.
- **VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.)**, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2001.
- **WACHSMANN (P.)**, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. Cours, 6^e édition, 2009.

2- Ouvrages spécialisés

- *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, Tome III, Documentation française, 1991.
- *L'innocence*, Travaux de l'Institut de criminologie de Paris, éd. Nérét, 1977.
- *Lutte contre le terrorisme Les normes du Conseil de l'Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, 2004, 430 pages regroupant différents textes du Conseil de l'Europe relatifs à la lutte contre le terrorisme.
- **Sous la direction de BRUSCHI (C.)**, *Parquet et politique pénale depuis le XIXe siècle*, PUF, coll. Droit et justice, 2002.
- **Sous la direction de CARBASSE (J.-M.)**, *Histoire du parquet*, PUF, coll. Droit et Justice, 2000.
- **Sous la direction de DELMAS-MARTY (M.) et SPENCER (J.R.)**, *European criminals procedures*, Cambridge University Press, 2002.
- **Sous la direction de PERELMAN (C.)**, *Les présomptions et les fictions en droit*, éd. Bruylant, coll. Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1974.
- **Sous la direction de PERELMAN (C.) et FORIERS (P.)**, *La preuve en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1981.
- **Sous la direction de PETTITI (L.E.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999.
- **Sous la direction de ROBERT (P.)**, *Entre l'ordre et la liberté La détention provisoire Deux siècles de débats*, Editions L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1992.

- **Sous la direction de ROUJOU DE BOUBEE (G.),** *La procédure pénale bilan des réformes depuis 1993*, Dalloz, 1995.
- **Sous la direction de STEFANI (G.),** *De quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Librairie Dalloz, 1956.
- **ANCEL (M.),** *La défense sociale nouvelle (un mouvement de politique criminelle humaniste)*, Cujas, 3^e édition entièrement révisée, 1981.
- **ANGEVIN (H.),** *La pratique de la chambre d'accusation Traité formulaire*, Litec, 1994.
- **ARON (R.),** *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1976.
- **BECCARIA (C.),** *Traité des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 2006.
- **BENTHAM (J.) :**
 - *Traité des preuves judiciaires, Tome I, traduit par Dumont (E.),* éd. Bossange Frères Libraires Editeurs, 2^e édition revue et augmentée, 1830.
 - *Traité des preuves judiciaires, Tome II, traduit par Dumont (E.),* Bossange Frères Libraires-éditeurs, 2^e édition revue et augmentée, 1830.
- **BLOCH (E.),** *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, coll. Critique de la politique, 1976.
- **CARDET (C.),** *Le contrôle judiciaire socio-éducatif substitut à la détention provisoire entre surveillance et réinsertion*, éd. L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2000.
- **CARRE DE MALBERG (R.),** *Théorie générale de l'Etat*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Tome I, 1920.
- **CARUYVELS (Y.),** *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, éd. Les presses de l'Université de Montréal, Les presses de l'Université d'Ottawa, et De Boeck Université, 1996.
- **CEDRAS (J.),** *La justice pénale aux Etats-Unis*, éd. Economica et PUAM, coll. Le point sur, 1990.
- **COLAS (D.),** *Dictionnaire de la pensée politique*, Larousse, 1997.
- **CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.),** *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993.
- **CONCHON (H.),** *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, L'Harmattan, 2002.
- **COPPENS (P.),** *Normes et fonction de juger*, Editions Bruylant et LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998.
- **D'AMBRA (D.),** *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 236, 1994.
- **DE BECHILLON (D.),** *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997.
- **DECOQ (A.), MONTREUIL (J.) et BUISSON (J.),** *Le droit de la police*, Litec, 2^e édition, 1998.
- **DRAGO (G.), FRANCOIS (B.), MOLFESSIS (N.),** *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Etudes classiques, 1999.
- **DUFOUR (A.),** *Droit de l'homme droit naturel et histoire*, PUF, coll. Leviathan, 1991.
- **ETRILLARD (C.),** *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Hamattan, coll. Logiques juridiques, 2004.
- **FERRI (H.),** *La sociologie criminelle, traduction de Ferri (H.) sur la troisième édition italienne complètement refondue et mise au courant de la science du droit pénal et de la procédure criminelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1893.
- **FOUCAULT (M.),** *Histoire de la sexualité Tome 1 la volonté de savoir*, Gallimard, coll. Tel, 2004.
- **FRECHET (H.) et PICY (J.P.),** *Lexique d'histoire politique de la France de 1789 à 1914*, Ellipses, 1998.
- **GARRAUD (P.),** *La preuve par indices dans le procès pénal Evolution de cette preuve au point de vue juridique et au point de vue technique*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913, p. 76 et 77.

- **GIRARD (C.)**, *Culpabilité et silence en droit comparé*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997.
- **GORPHE (F.)** :
 - o *L'appréciation des preuves en justice Essai d'une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947.
 - o *Les décisions de justice Etude psychologique et judiciaire*, PUF, 1952.
- **GOYARD-FABRE (S.)**, *Pufendorf et le droit naturel*, PUF, coll. Leviathan, 1994.
- **GUILLERMET (C.J.)**, *La motivation des décisions de justice La vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2006.
- **HAYEK (A.F.)** :
 - o *Droit, législation et liberté*, Tome I, PUF, 1985.
 - o *Droit, législation et liberté*, Tome III, PUF, 1979.
- **JACQUEMOT (F.)**, *Le standard européen de société démocratique*, Editions Faculté de droit de Montpellier, Collection Thèses n°4, 2006.
- **JEANDIDIER (W.)**, *La juridiction d'instruction au second degré*, Cujas, 1982.
- **JESTAZ (P.)**, *Le droit*, 6^e édition, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2010.
- **KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.
- **LASCOUMES (P.)**, **PONCELA (P.)** et **LENOËL (P.)**, *Au nom de l'ordre Une histoire politique du Code pénal*, éd. Hachette, 1989.
- **LENOIR (R.)**, *Processus pénal et détention provisoire*, Editions Ecole pratique des hautes études en sciences sociales, Centre de sociologie de l'éducation et de la culture, 1994, 2 volumes.
- **LEVY-BRUHL (H.)**, *La preuve judiciaire Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, coll. Petite Bibliothèque sociologique internationale, 1964.
- **MATHIAS (E.)**, *Les procureurs du droit De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS éditions, 1999.
- **MATHIEU-IZORCHE (M.L.)**, *Le raisonnement juridique*, PUF, Paris, 2001.
- **MAULIN (E.)**, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, 2003.
- **MAURER (B.)**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 1999.
- **MAYER (L.)**, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS Editions, 2009, n°276 à 365.
- **MERLE (R.)**, « L'inculpation », *Mélanges Huguency, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964.
- **MILL (J.S.)**, *De la liberté*, Folio, 1999.
- **PERELMAN (C.)**, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, volume XXIX, 1984.
- **POISSON (J.F.)**, *La dignité humaine*, Les Etudes hospitalières, 2004.
- **POISSON (J.M.)**, *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales à l'épreuve de la dualité de juridictions*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2003.
- **PRADEL (J.)** :
 - o *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2^e édition, 1991.
 - o *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Editions Cujas, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1992
 - o *Le juge d'instruction*, Dalloz, Coll connaissance du droit privé, 1996.
- **RAWLS (J.)**, *Théorie de la justice*, Editions du Seuil, coll. Points, 1997.
- **RAYNAUD (P.)** et **RIALS (S.)**, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1998.
- **RIALS (S.)** :
 - o *Textes constitutionnels étrangers*, PUF, coll. Que sais-je ? n°2060, 2^e édition, 1982.
 - o *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. Pluriel, 1988.

- **RIPERT (G.)**, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- **RIVERO (J.)**, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1984.
- **ROSANVALLON (P.)**, *La légitimité démocratique, Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, coll. Essais, 2008.
- **ROUGET (D.)**, *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, éd. La pensée sauvage, 2000.
- **ROUSSEAU (D.)**, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Montchrestien, coll. Préparation au CRFPA, 1998.
- **ROUSSEAU (J.J.)**, *Du contrat social*, Bordas, 1985.
- **ROUSSEL (G.)**, *Les procès-verbaux d'interrogatoire Rédaction et exploitation*, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2005.
- **ROUSSELLE (S.)**, *La preuve*, éd. Bruylant et les éd. Yvon Blais Inc., coll. Common law en poche, Québec, 1997.
- **SALAS (D.)**, *Du procès pénal Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, PUF, coll. Les voies du droit, 1992.
- **SALTZBURG (S.A.)**, **DIAMOND (J.)**, **KINPORTS (K.)** et **MORAWETZ (T.H.)**, *Criminal law*, Lexis Publishing, second edition, 2000.
- **SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.A.)**, *Idéalité et réalité du droit les dimensions du raisonnement judiciaire*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1980.
- **SEVE (R.)**, « Douter c'est décider : nature et caractère constructif du doute », in *Le doute et le droit*, étude sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 119 à 124.
- **SIMARD (A.)**, *La loi désarmée Carl Schmitt et la controverse légalité / légitimité sous Weimar*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, Les presses de l'Université de Laval, coll. Philia Philosophie et littérature allemandes, 2009.
- **SOULIER (G.)**, *Nos droits face à l'Etat*, Seuil, coll. Points politique, 1981.
- **SPENCER (J.R.)**, *La procédure pénale anglaise*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998.
- **VIZIOZ (H.)**, *Etudes de procédure*, Dalloz, coll. La Bibliothèque Dalloz, 2011, (réédition de l'édition parue en 1956 aux éditions Bière).
- **WEBER (M.)**, *Le savant et le philosophe*, Editions 10/18, 2002.

3- Thèses, colloques et rapports :

- « Actes du séminaire international tenu à l'Institut de sciences criminelles de Syracuse du 20 au 25 janvier 1992 », *RIDP* 1992 numéro spécial.
- Colloque sur les méthodes scientifiques de recherche de la vérité, Abidjan du 10 au 16 janvier 1972, *RIDP* 1972 p. 279 à 288.
- « Cycle d'études des Nations Unies sur la protection des droits de l'homme dans la procédure criminelle (Vienne, 20 juin -4 juillet 1960) », *RSC* 1960 p. 740 à 751.
- *L'article 5 de la CESDH Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Dossiers sur les droits de l'homme n°12 (révisé)*, Editions du Conseil de l'Europe, 2003.
- *La garde à vue*, Sénat, Etude de législation comparée n°204, décembre 2009.
- *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Troisième colloque du département des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, éd. Bruylant, Bruxelles, 1977.
- *Le doute et le droit*, étude sous l'égide du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994.
- *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Dalloz, 1956.
- *Les droits du justiciable et la détention provisoire*, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, novembre 2004.
- *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, colloque du 22 mars 1996*, Bruylant, 1996.
- *Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale* remis au Ministre de la Justice le 5 mai 2010.
- *Rapport enregistré à l'Assemblée nationale le 20 décembre 2001 sur l'évaluation de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* présenté par Mme LAZERGES (C.).
- *Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »* rendu en février 2005.
- **Sous la direction ARCHER (E.)**, *Recherche sur « l'évaluation de la souffrance psychique liée à la détention »*, Mission de recherche Droit et Justice, Juin 2008.
- **Sous la direction de BONTEMS (C.)**, *Le juge : une figure d'autorité, Actes du premier colloque organisé par l'Association française d'anthropologie du Droit à Paris les 24 – 25 – 26 novembre 1994*, éd. L'Harmattan, 1996.
- **Sous la direction de BOULOC (B.), DE BECO (R.) et LEGROS (P.)**, *Le droit au silence et la détention provisoire Actes de la journée d'étude du 18 septembre 1996 organisé à Paris par les Instituts des droits de l'homme des barreaux de Paris et de Bruxelles*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1997.
- **Sous la direction de POLIN (R.)**, *L'ordre public*, Académie des sciences morales et politiques, Fondation Singer-Polignac, *Actes du colloque tenu à Paris les 22 et 23 mars 1995*, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1996.
- **Sous la direction de SUDRE (F.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'université de Montpellier I sous le Haut patronage du Secrétaire général du Conseil de l'Europe*, Bruylant, coll. Droit et justice, Bruxelles, 1998.
- **Sous la direction de TAVERNIER (P.)**, *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959 – 1994)*, *Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et d'études sur les droits de l'homme et de le droit humanitaire, Faculté de Droit de Rouen, les 11 et 12 mai 1995*, Bruylant, 1996.

- **ADIDA-CANAC (H.)**, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapport annuel de la Cour de cassation 2004*.
- **ARCAUTE-DESCAZEUX (M.J.)**, *L'aveu Essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, Thèse Toulouse I, 1998.
- **ASTAING (A.)**, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVI^e – XVIII^e siècle) Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, PUAM, 1999.
- **BENILLOUCHE (M.)**, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, PUAM, 2004
- **BINET (M.)**, *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires*, Thèse Nancy, 1963.
- **BIOY (X.)**, *Le concept de personne humaine en droit public Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003.
- **BRAUD (P.)**, *La notion de libertés publiques en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968.
- **BUISSON (J.)**, *L'acte de police*, Thèse Lyon III 1988.
- **CADENE (J.)**, *La preuve en matière pénale Essai d'une théorie générale*, Thèse Montpellier, 1963.
- **CAMBOT (P.)**, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, Economica et PUAM, coll. Droit public positif, 1998.
- **CARBONNIER (J.)**, *Instruction criminelle et liberté individuelle Etude critique de la législation française*, De Boccard éditeur, 1939.
- **CAZE (N.)**, *L'ordre public pénal Essai sur la dimension substantielle de la notion*, Thèse Lyon III 2003.
- **Comité des ministres du Conseil de l'Europe**, recommandation Rec (2000) 19 adoptée le 6 octobre 2000 relative au rôle du ministère public dans le système de justice pénale, Editions du Conseil de l'Europe, 2001.
- **Commission justice pénale et droits de l'homme**, *La mise en état des affaires pénales*, Rapport remis en juin 1990, Documentation française, 1991,
- **CONTE (P.)**, *L'apparence en matière pénale*, Thèse Grenoble 1984.
- **CORSO (P.)**, « Le droit italien, in Actes du séminaire international tenu à l'Institut Supérieur International de sciences criminelles de Syracuse du 20 au 25 janvier 1992 », *RIDP* 1992 p. 205 à 206.
- **CORTEN (O.)**, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant Editions de l'Université de Bruxelles, 1997.
- **DALBIGNAT-DEHARO (G.)**, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004.
- **DE CHARRETTE (H.)**, *Grand débat national sur la justice Après Outreau, quelle réforme de la justice pénale ?*, Actes du colloque du 26 mars 2006 à l'Assemblée nationale, L'Harmattan, 2006.
- **DE GASTINES (L.)**, *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ, 1991.
- **DECOTTIGNIES (R.)**, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, 1950.
- **DELMAS-MARTY (M.)** :
 - o *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, juin 1990.
 - o *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004.
- **DENIZART (J.)**, *La charge de la preuve en matière pénale*, Thèse Lille II 1956.
- **DESMONS (E.)**, *Droit et devoir de résistance en droit interne Contribution à une théorie du droit positif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1999.
- **DRAY (J.)**, *Rapport pour le Premier Ministre Evaluation de l'application et des conséquences sur le déroulement des procédures diligentées par les services de police et de gendarmerie des dispositions de la loi du*

Bibliographie

- 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, 19 décembre 2001.
- **DULONG (R.)**, *L'aveu comme fait juridique et comme phénomène moral*, Rapport final d'une étude réalisée dans le cadre du programme de recherche interdisciplinaire « problèmes de la description et pratiques de la preuve », Mission de recherche droit et justice, 1999.
 - **ESSAÏD (M.J.)**, *La présomption d'innocence*, Thèse Rabat 1971.
 - **ETRILLARD (C.)**, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.
 - **Fédération Internationale des droits de l'homme**, rapport *l'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité*, octobre 2005.
 - **FOROUTANI (D.)**, *Le fardeau de la preuve en matière pénale Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris II 1977.
 - **FOURMENT (F.)**, *L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale)*, Thèse Paris II 1995.
 - **FOURTEAU (H.)**, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 85, 1996.
 - **GAGNOUD (P.)**, *L'enquête préliminaire et les droits de la défense*, ANRT, Thèse à la carte, 2002.
 - **GARRAUD (P.)**, *La preuve par indices dans le procès pénal Evolution de cette preuve du point de vue juridique et du point de vue technique*, Thèse Lyon, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1913.
 - **GIMENO-CABRERA (V.)**, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 123, 2004.
 - **GIRARD (C.)**, *Culpabilité et silence en droit comparé*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997.
 - **GOLLETY**, « Rapport Oral au colloque du XXe anniversaire de la la Revue de science criminelle des 19, 20 et 21 avril 1956, L'organisation des juridictions d'instruction », RSC 1957 p. 85 à 90.
 - **GUERRIN (M.)**, *Les irrégularités de procédure sanctionnées par la nullité dans la phase préalable au jugement pénal*, ANRT, coll. Thèse à la carte, 1999.
 - **GUIBERT (S.)**, *La détention provisoire au cours de l'instruction préparatoire : « le temps perdu » à la recherche de la réforme*, Editions Septentrion, coll. Thèse à la carte, 2000.
 - **HENNION (P.)**, *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse Nice Sophia-Antipolis, 1998.
 - **HENRION (H.)**, *La nature juridique de la présomption d'innocence comparaison franco-allemande*, Editions Montpellier I, 2006.
 - **HENRY (H.)**, *Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal*, thèse Montpellier I, 1976.
 - **HEUYER (G.)**, « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité », Colloque sur les méthodes scientifiques de recherche de la vérité à Abidjan du 10 au 16 janvier 1972, RIDP 1972 p. 239 à 253.
 - **KASTANAS (E.)**, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996.
 - **LAGARDE (X.)**, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994.
 - **LAMBERT (P.)**, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in sous la direction de SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme Faculté de droit de l'Université de Montpellier I*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 63 à 89.
 - **LAURENT (N.)**, *La notion de suspect en matière pénale*, Thèse Lyon 3, 2001.

- **LE GALL (J.P.)**, « A quel moment le contradictoire ? Une application de la convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque du 22 mars 1996*, Bruylant, 1996, p. 55 à 68.
- **LEMOINE (C.)**, *La distinction en droit Une approche épistémologique*, Thèse Lyon 3, 2009.
- **MADIOT (Y.)**, « Le contrôle administratif de la police », in *Droits de l'individu et police, Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal tenu à Poitiers en mai 1988*, Litec et les Editions Thémis, 1990.
- **MASSOL (V.)**, *La présomption d'innocence*, Thèse Toulouse I 1996, 2 Tomes.
- **MATHIAS (E.)**, *Les procureurs du droit De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS éditions, 1999.
- **MATSOPOULOU (H.)**, *L'enquête de police*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, 1996.
- **MAURER (B.)**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 1999.
- **MERLIN-MOLLARD (N.)**, *La nuit en droit pénal*, Thèse Lyon III, 1997.
- **MOEYAERT (P.)**, *Le droit à l'avocat dans le procès pénal Contribution à l'étude des droits de la partie poursuivie*, ANRT, Thèse à la carte, 2002.
- **MOLINA (E.)**, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, PUAM, 2001.
- **MURBACH (M.)**, *Les pouvoirs d'investigation en droit français Essai d'une théorie générale*, Thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2010.
- **MUZNY (P.)**, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, 2 tomes.
- **NAGOUAS-GUERIN (M.C.)**, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, Bibliothèque nouvelle de thèses, 2002.
- **PELTIER (V.)**, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999.
- **PENA-GAÑA (A.)**, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir*, Thèse Aix-en-Provence, 1998.
- **PEREIRA (B.)**, *L'amélioration des droits du mis en examen*, ANRT, Thèse à la carte, 2002.
- **PHILIPPE (X.)**, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives*, Economica et PUAM, coll. Science et droit administratifs, 1990.
- **PICARD (E.)**, *La notion de police administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1984.
- **PORET (P. de) et GIRAULT (C.)**, « Colloque de Paris du 12 décembre 1981 organisé par l'Association socio-éducative de contrôle judiciaire de Rouen et l'Association d'aide pénale », *RJC* 1982 p. 218.
- **PORTERON (C.)**, *Droit à l'information et procédure pénale Contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie*, ANRT, Thèse à la carte, 2002.
- **RASSAT (M.L.)** :
 - o *Le ministère public entre son passé et son avenir*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, Tome V, 1967.
 - o *RASSAT (M.L.), Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Rapport à Monsieur le Garde Sceaux, janvier 1997.
- **RIALS (S.)**, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980.
- **STAEGER (S.)**, *Délais et mise en état des affaires pénales De la célérité des procédures*, Thèse Lyon 3, 2002.
- **THELLIER DE PONCHEVILLE (B.)**, *La condition préalable de l'infraction*, Thèse Lyon 3, 2006.

Bibliographie

- **TOURNIER (C.)**, *L'intime conviction du juge de jugement*, Thèse Toulon 2001.
- **VALLINI (A.) et HOUILLON (P.)**, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnement de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, Documents d'information de l'Assemblée Nationale n°3125, Juin 2006.
- **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme Prendre l'idée simple au sérieux*, Bryulant, Publications des facultés universitaires saint-Louis, Bruxelles, 2001.
- **VARINARD (A.)**, *La prescription de l'action publique sa nature juridique droit matériel droit formel*, Thèse Lyon III 1973.
- **VINCENT-LEGOUX (M.C.)**, *L'ordre public Etude de droit comparé interne*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001.
- **VOUIN**, « Rapport Oral au colloque du XXe anniversaire de la la Revue de science criminelle des 19, 20 et 21 avril 1956, L'organisation des juridictions d'instruction », *RSC* 1957 p. 90 à 99.
- **WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997.
- **XYNOPOULOS (G.)**, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1995.
- **ZEROUKI (D.)**, *La légalité criminelle Enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, Thèse Lyon III 2001.

4- Articles :

- Commission nationale de réparation des détentions 10 décembre 2007, *JCP* 2007 Act. 639.
- Communiqué du CNB et de l'USM, « Avant-projet de réforme de la procédure pénale : réaction du CNB et de l'USM », *Dr. Pén.* 2010 Alerte 25.
- **ADER (B.)** :
 - o « Les réformes de 1993 et 2000 et la jurisprudence de la Cour EDH », in *Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 77 à 78.
 - o « La relation justice-média », *RSC* 2001 p. 71 à 82.
- **ADIDA-CANAC (H.)**, « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », *D.* 2009 p. 1288 à 1297.
- **ALAUZE (E.)**, « La narco-analyse devant la justice », *Gaz. Pal.* 1949 1^{er} semestre Doctrine p. 37.
- **ALBERT (N.)**, « De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats », in sous la direction de DEGUERGUE (M.), *Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 209 à 244.

- **ALCARAZ (H.)**, « Sonorisation et écoutes téléphoniques : la France se fait « tirer l'oreille »... - à propos des arrêts Vetter et Matheron de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006 p. 217 à 235.
- **ALIX (J.)**, « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D.* 2011 p. 1699 à 1707.
- **AMANN (D.A.)**, « Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme », *RSC* 2002 p. 745 à 764 ; **PAYE (J.C.)**, « Le *Patriot Act Réautorisation* », *RTDH* 2006 p. 973 à 987.
- **ANCEL (J.P.)**, « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit*, étude sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 21 à 30.
- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, « « Savoir n'est rien, imaginer est tout » Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la CEDH », *D.* 2001 chr. p. 2611.
- **ANTOINE (A.)**, « La question de l'adoption d'un nouveau « Bill of Rights » au Royaume-Uni », *RIDC* 2010 p. 686 à 706.
- **ARRIGHI (C.)**, « L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993 », *RSC* 1995 p. 271 à 279.
- **AUVRET (P.)**, « Le droit au respect de la présomption d'innocence », *JCP* 1994 I 3802.
- **AYDALOT (M.)**, « La liberté et la détention provisoires dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Tome II, Etudes de science pénale et de politique criminelle*, éditions A. Pedone, 1975, p. 271 à 298.
- **BAILLET (F.)**, « Le juge d'instruction: une institution en sursis ? », *Gaz. Pal.* 2006 Doct. p. 30 à 34.
- **BAILLY (P.)**, « La collégialité est-elle morte ? », *Gaz. Pal.* 1996 1^{er} sem. Doct. p 209 et 210.
- **BALSAN (A.)**, « L'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue », *Gaz. Pal.* 1996 2^e sem. p. 1121 à 1126.
- **BARELLA (D.)**, « La réforme de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2006, entretien du mois de juin, p. 4 et 5.
- **BARLETTA CALDARERA (G.) et VAN BEMMELEN (J.M.)**, « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité Problèmes de procédure », *RIDP* 1972, p. 503 à 529.
- **BARON (C.)**, « Le droit au silence : une révolution ... silencieuse », *D.* 2000 Point de vue n°38.
- **BAUDOUIN (J.M.)**, « La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ? Réflexions sur un exercice d'école », *RTDCiv.* 1992 p. 532 à 538.
- **BEAUVAIS (P.)**, « L'affaire du Ponant : les pirates à l'abordage de la procédure pénale française », *JCP* 2010 184.
- **BELFANTI (L.)**, « Du droit de tout justiciable de saisir le Conseil supérieur de la magistrature », *AJ pén.* 2011 p. 344 à 348.
- **BELLOIR(P.)**, « La responsabilité du fait du fonctionnement défectueux de la justice : mode d'emploi », *AJ pén.* 2011 p. 341 à 344.
- **BESSON (A.)**, « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.* 1958 p. 129 à 144.
- **BLONDET (M.)**, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958 I 1419.
- **BOBBIO (N.)**, « Sur le principe de légitimité », in *L'idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 47 à 60.
- **BONIS-GARCON (E.)**, « La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire », *JCP* 2002 I 159.
- **BORE (L.)**, « La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002 I 104.

Bibliographie

- **BORELLA (F.)**, « Le concept de dignité de la personne humaine », *in* sous la direction de PEDROT (P.), *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Bolze (C.)*, Economica, 1999, p.29 à 38.
- **BOULAN (F.)**, « La réforme de l'instruction », *in Mélanges en l'honneur d'André Vitu Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 51 à 64.
- **BOULANGER (F.)**, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTDCiv.* 1966 p. 736 à 754.
- **BOULOC (B.)** :
 - o « Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire en France au regard des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RSC* 1989 p. 69 à 77.
 - o « La réforme de la réforme du Code de procédure pénale », *Rev. Pénit.* 1994 p. 9 à 39.
 - o « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ? », *D.* 1995 Chr. p. 315 et 316.
 - o « La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ? », *RSC* 2001 p. 55 à 64.
- **BOUVET (M.) et GRAVEJAL (F.)**, « Narco-investigation et expertise psychiatrique », *RSC* 1948 p. 131 et 132.
- **BRAIBANT (G.)**, « Le principe de proportionnalité », *in Mélanges offerts à Marcel Waline Le juge et le droit public*, Tome II, LGDJ, 1974, p. 297 à 306.
- **BRAULT-JAMIN (V.)**, « La réforme de la procédure dite du 'référé-liberté' (article 11 de la loi n°96-1235 du 30 décembre 1996) Chronique d'un échec peut-être remédiable », *Rev. pénit.* 1997 p. 159 à 174.
- **BREDIN (J.D.)**, « Le doute et l'intime conviction », *Droits* n°23 La preuve, PUF, 1996, p. 21 à 29.
- **BRIGNANT (J.M.)**, « Quand le droit pénal ajourne la nuit. Réflexions sur la dimension nocturne en droit pénal », *RSC* 2005 p. 819 à 831.
- **BRUAULT-JAMIN (V.)**, « La réforme de la procédure dite du « référé-liberté » (article 11 de la loi n+96-1235 du 30 décembre 1996) Chronique d'un échec peut-être remédiable », *Rev. Pénit.* 1997 p. 159 à 172
- **BRYON (O.)**, « Des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d'acquiescement à raison de la détention provisoire subie », *RSC* 1971 p. 577 à 604.
- **BÜCK (V.)**, « Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue L'exemple du contentieux relatif à la notification immédiate des droits », *RSC* 2001 p. 325 à 340.
- **BUISSON (J.)** :
 - o « Le rôle du ministère public dans le domaine pénal, exposé de M. Jacques Buisson présenté par M. Laurent Mayer », *in Le rôle du ministère public dans une société démocratique, réunion multilatérale organisée par le conseil de l'Europe en coopération avec Intercenter, Messine (Sicile), 5 et 7 juin 1996*, Editions du conseil de l'Europe, Démo-Thémis, 1997, p. 55 à 68.
 - o « La légalité dans l'administration de la preuve », *Procédures* 1998 Chr. n°14.
 - o « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *RSC* 2001 p. 25 à 41.
 - o « Le placement en garde à vue », *RSC* 2001 p. 671 à 675. « Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises », *Procédures* 2002 Chr. n°3.
 - o « Equilibre de la procédure pénale », *Procédures* 2007 Etudes n°4
 - o « Réforme de la procédure pénale (suite) », *Procédures* 2007 Comm. n°118.
 - o « Législation comparée Garde à vue Singularité de la législation française à la lumière des textes étrangers », *Procédures* 2009 Comm. n°81.
- **BUSSY (F.)** :

- « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003 Chr. p. 1376 à 1379.
- « L'erreur judiciaire », *D.* 2005 p. 2552 à 2564.
- **CARBONNIER (J.)**, « Nocturne », in *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e édition, 2001.
- **CARDET (C.)**, « Le contrôle judiciaire socio-éducatif : 1970-1993, chronique d'une expérience qui dure... », *RSC* 1994 p. 503 à 523.
- **CAULLET (M.)**, « Terminologie criminelle et droit d'inculpation », *RSC* 1954 p. 329 à 353.
- **CERE (J.P.)** :
 - « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJ pén.* 2009 p. 476 à 482.
 - « Le détenu malade : le traitement du droit européen », *AJ pén.* 2010 p. 325 à 329.
- **CHAMBON (P.)** :
 - « La loi du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP* 1989 I 3417.
 - « De la légalité des écoutes téléphoniques concernant un inculpé ordonnées par le juge d'instruction », *JCP* 1991 I 3029.
- **CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995 Chr. p. 323 à 329.
- **CHAPUS (R.)**, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 à 298.
- **CHARLES (R.)**, « Le droit au silence de l'inculpé », *RIDP* 1953 p. 129 à 148.
- **CHARRIER (J.L.)**, « Permanence pendant la garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 1993 Doct. p395.
- **CHARVET (D.)**, « Les magistrats français et la déontologie : une problématique à clarifier », *D.* 2008 p. 1634 à 1637.
- **CHAVENT-LECLERE (A.S.)**, « La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 », *Procédures* 2011 Etude n°7.
- **CHEVALLIER (J.)**, « Réflexions sur l'arrêt Cadot », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 79 à 91.
- **CHIFFOTEAU (J.)**, « Avouer l'inavouable : l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen-Age », in sous la direction de DULONG (R.), *L'aveu Histoire, sociologie, philosophie*, PUF, coll. Droit et justice, 2001, p. 57 à 97.
- **COHENDET (M.A.)**, « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *RFDC* 2006 p. 713 à 735.
- **COLOMBINI (A.)**, « Considérations sur le projet de Code d'instruction criminelle », *JCP* 1950 I 854 ;
- **COMMARET (N.)** :
 - « L'article préliminaire du code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ? », in *Mélanges PRADEL (J.)*, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 71 à 84.
 - « La commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire », *RSC* 1999 Chr. p. 843 à 850
- **CONAC (G.)**, « L'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in sous la direction de CONAC (G.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993.
- **CONTE (P.)**, « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale », *RSC* 1985 p. 471 à 503.

- **CORSO (P.)**, « Le droit italien, in Actes du séminaire international tenu à l'Institut supérieur international de sciences criminelles de Syracuse du 20 au 25 janvier 1992 », *RIDP* 1992 p. 205 à 206.
- **COSTA (J.P.)** :
 - o « L'article 4 », in sous CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaire*, Economica, 1993, p. 101 à 111.
 - o « Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2002 p. 4 à 7.
- **COTTA (S.)** :
 - o « Eléments d'une phénoménologie de la légitimité », in *L'idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 61 à 86.
 - o « Quidquid latet apparebit : le problème de la vérité du jugement », *APD* tome XXXIX Le procès, 1995, p. 219 à 228.
- **CRETIN (T.)**, « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *RSC* 1992 p. 53 à 58.
- **CUCHE (P.)**, « Le projet de loi ministériel sur les garanties de la liberté individuelle », *Rev. Pénit.* 1907 p. 764 à 778.
- **DALLEST (J.)**, « La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité », *AJ pén.* 2010 p. 114.
- **DANET (J.)** :
 - o « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ pén.* 2005 p. 133 à 139.
 - o « Les conditions de détention et l'article 225-14 du Code pénal », note sous Nancy 1er mars 2007, *D.* 2007 p. 2218 à 2223.
 - o « Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pén.* 2011 p. 331 à 334.
- **DANTI-JUAN (M.)**, « Licenciement et droit pénal : analyse du droit positif et critique de certaines solutions », *RSC* 1989 p. 710 à 722
- **DARBEDA (P.)**, « Détenus en surnombre ? A propos de la Recommandation du 30 septembre 1999 du Conseil de l'Europe », *RSC* 2000 p. 442 à 454.
- **DARGENTAS (E.)**, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Rev. pénit.* 1977 p. 411 à 421.
- **DE LAMY (B.)**, « Quand un impossible contrôle de constitutionnalité exclut un nécessaire contrôle de conventionnalité », *RSC* 2009 p. 162 à 166.
- **DE MONREDON (E.)**, « Collégialité et détention provisoire », *Gaz. Pal.* 1988 1^{er} sem. Doct. p. 369 à 373.
- **DE MONTGOLFIER (E.)**, « Les divulgations de la police et des magistrats à la presse », in *Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible ? op. cit.*, p. 39 à 40.
- **DE SOTO (J.)**, « La notion de juridiction (à propos du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz) », *D.* 1956 chr. p. 45.
- **DEBBASCH (C.)**, « Le contrôle de légalité des actes de police judiciaire par le juge judiciaire », in *Liber amicorum Jean Waline Gouverner Administrer Juger, op. cit.*, p. 505 à 512.
- **DEBOVE (F.)**, « L'urgence en droit pénal », *Mélanges Decocq Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 176 à 186.

- **DECHEIX (P.)**, « A côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de violences par les agents publics », *D.* 1980 Chr. p. 89 à 97.
- **DERIEUX (E.)** :
 - o « Répression et réparation des abus de la liberté d'expression », *LPA* 18 mai 2001 p. 21.
 - o « Rappel des normes en présence et de la réalité de leur application », in *Droit à l'information et secret de l'enquête et de l'instruction : la cohabitation est-elle possible ? Actes du Forum Légipresse – Conseil National des Barreaux du jeudi 3 juin 2004*, Légicom, 2005, p. 27 à 38.
- **DERUPPE (J.)**, « La notion particulière de décision définitive en procédure pénale », in sous la direction de STEFANI (G.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Librairies Dalloz, 1956, p. 117 à 154.
- **DESMONS (E.)**, « La preuve des faits dans la philosophie moderne », *Droits* Tome 23 La preuve, PUF, 1996, p. 13 à 19.
- **DETRAZ (S.)**, « La retenue douanière : une anomalie persistante de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2010 n° 3, dossier 4.
- **DOLL (P.J.)** :
 - o « De la légalité des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire », *D.* 1965 Chr. p. 125 à 130.
 - o « La lutte contre la toxicomanie », *Gaz. Pal.* 1971 1^{er} sem. Doct. p. 117 à 125.
- **DORSNER-DOLIVET (A.)**, « Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 », *Dr. Pén.* 2000 Chr. n°39.
- **DUFOUR (O.)**, « Question prioritaire de constitutionnalité : quelques points en débat », *LPA* 2009 n°200 p. 3 à 4.
- **DUGUIT (R.)**, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906 p. 413.
- **DUMONT (J.)**, « Interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications », *J.-Cl. Procédure pénale*, article 100 à 100-7, Fasc. Commentaire.
- **EDELMAN (B.)** :
 - o « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, Chr. p. 185 à 188.
 - o « L'office du juge et l'historien », *Droit et Société Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* n°38, 1998, p. 47 à 58.
- **EISENMANN (C.)**, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966 n°11 p. 29.
- **EISSEN (M.A.)**, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in sous la direction de PETITTI (L.E.), *La Convention européenne des droits de l'homme commentaire article par article*, Economica, 2^e édition, 1999, p. 65 à 81.
- **FABRE-ALIBERT (V.)**, « La notion de « société démocratique » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1998 p. 465 à 496.
- **FAUCHON (P.)**, « Enregistrement des gardes à vue », *D.* 2000 Interview n°24 p. VII et VIII
- **FAURE (B.)**, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique », *RFDCnst.* 1995 p. 47 à 77.
- **FAVENNEC-HERY (F.)**, « Licenciement : le dénouement de l'imbroglio probatoire », *Droit social* 1990 p. 170 à 187.
- **FAVOREU (L.)** :

- « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution (à propos des arrêts de la Chambre criminelle du 25 avril 1985) », *D.* 1986 Chr. p. 169 à 177.
- « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001 Doct. p. 1739 à 1744.
- **FLAESCH (C.)**, « Le doute du policier », in *Le doute et le droit*, étude sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 31 à 36.
- **FORIERS (P.)** :
 - « Présomptions et fictions », in sous la direction de Perelman (C.), *Les présomptions et les fictions en droit*, éd. Bruylant, coll. Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1974, p. 7 à 26.
 - « Introduction au droit de la preuve », in sous la direction de Perelman (C.) et Foriers (P.), *La preuve en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 7 à 26.
 - « Considérations sur la preuve judiciaire », in sous la direction de Perelman (Ch.) et Foriers (P.), *La preuve en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 315 à 329.
- **FOSSAERT-SABATIER (A.)**, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue », *Dr. Pén.* 1997 Chr. n°10 et 13.
- **FOURMENT (F.)**, « Après l'affaire Moulin (CEDH, 5^e sect., 23 novembre 2010), encore du grain à moudre », *D.* 2011 p. 26.
- **FOURMENT (F.)**, **MICHALSKI (C.)** et **PIOT (P.)**, « Les actes de perquisition opérés ont été nécessaires et proportionnés au sens de l'article 10 de la Convention EDH », *JCP* 2007 II 10054.
- **FRAISSEIX (P.)**, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme ? », *RDP* 2001 p. 547.
- **FRANCILLON (J.)** :
 - « Liberté d'expression, dignité de la personne et présomption d'innocence », *Rev. Pénit.* 2001 p. 195 à 214.
 - « Médias et droit pénal Bilan et perspectives », *RSC* 2000 p. 59 à 78.
- **FRISON-ROCHE (M.A.)** :
 - « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP* 1999 I 174.
 - « L'erreur du juge », *RTDCiv.* 2001 p. 819 à 832
- **FROMONT (M.)**, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995 n°spécial p. 156.
- **FROUIN (J.Y.)**, « L'élaboration d'un arrêt, La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt », *LPA* 25 janvier 2007 n° 19 p. 15.
- **GARCON (E.)**, « Modification de la loi sur la l'instruction contradictoire », *Rev. Pénit.* 1928 p. 144 à 149.
- **GASSIN (R.)**, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in Mel. PRADEL (J.), *Le droit pénal à l'aube du Troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 109 à 120.
- **GENDREL (M.)**, « Garde à vue et droits de l'individu. La défense doit-elle commencer dans les locaux de gendarmerie ou de police ? », *Dr. Pén.* 1992 Chr. n°10.
- **GENEVOIS (B.)**, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la déclaration de 1789 », in *la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF, 1989, p. 79.
- **GILLIERON (C.)**, « L'évolution de la preuve pénale », *Revue pénale suisse* 1946 p. 197 à 208.
- **GINDRE (E.)**, « Une réforme en urgence : la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue », *Rev. Pénit.* 2011 p. 297 à 309.

- **GIUDICELLI (A.) et JUHASZ (C.),** « La « garde à vue » dans la législation autrichienne », *RSC* 2011 p. 59 à 68.
- **GIUDICELLI (A.),** « Garde à vue : vagues du fond avant la réforme », *RSC* 2010 p. 183 à 189.
- **GIUDICELLI-DELAGE (G.) :**
 - o « La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale », *Justices* 1997 p. 25 à 38.
 - o « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010 p. 69 à 80.
- **GODARD (J.),** « Contempt of Court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice », *RSC* 2000 p. 367 à 382.
- **GOHIN (G.),** « Qu'est qu'une juridiction pour le juge français ? », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 93 à 106.
- **GORPHE (F.) :**
 - o « La méthode générale d'examen critique des preuves », *RSC* 1947 p. 69 à 79.
 - o « Variétés et difficultés dans l'appréciation des indices », *RSC* 1938 p. 215 à 241.
- **GRAVEN (J.),** « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *RSC* 1950 p. 313 à 357.
- **GUERIN (D.),** « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009 Dossier n°6.
- **GUERRIN (M.),** « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénal », *RSC* 2000 p. 753 à 767.
- **GUERY (C.) :**
 - o « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP* 1998 I 140.
 - o « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC* 2009 p. 343
- **GUIBAL (M.),** « De la proportionnalité », *AJDA* 1978 p. 477 à 487.
- **GUINCHARD (S.),** « La responsabilité des magistrats », *Gaz. Pal.* 2006 Doct. p. 834 à 839.
- **HAMSON (C.J.) et VOUIN (R.),** « Le procès criminel en Angleterre et en France », *RIDP* 1952 p. 177 à 190.
- **HENNION-JACQUET (P.),** « L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *D.* 2010 p. 1390 à 1394.
- **HENRION (R.),** « La preuve en droit romain », in sous la direction de Perelman (C.) et Foriers (P.) *La preuve en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 59 à 76.
- **HERZOG (J.B.),** « Réflexions sur la détention préventive », *Rev. Intern. Dr. Pén.* 1952 p. 337 à 345.
- **HERZOG-EVANS (M.),** « Pas d'information ouverte du chef de détention contraire à la dignité humaine (Arrêt rendu par Cour de cassation, crim. 20 janvier 2009) », *AJ pén.* 2009 p. 139.
- **HEUYER (G.),** « Narco-analyse et narco-diagnostic », *RSC* 1950 p. 7 à 22.
- **HOCQUET-BERG (S.),** « Fonctionnement défectueux : 1° dommages réparables ; 2° qualification », *Responsabilité civile et assurances* 2008 Comm. n°199.
- **HUET (J.),** « « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP* 1994 I 309.
- **JAKOBS (G.),** « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009 p. 7 à 18.
- **JEANDIDIER (W.) :**

- « Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et Code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la Chambre criminelle », *RSC* 1986 p. 711 à 720.
- « La juridiction collégiale d'instruction du premier degré », in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 263 à 276.
- « La présomption d'innocence ou le poids des mots », *RSC* 1991 p. 50 à 52.
- **JEANNEAU (B.)**, « Juridicisation et actualisation de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen », *Rev. Pénit.* 1989 p. 635.
- **JEOL (M.)**, « Le parquet entre le glaive et la balance », *Justices* janvier / juin 1996 p. 69 à 73.
- **JUNG (H.)**, « Le ministère public : portrait d'une institution », *APC* 1993 n°15 p. 15 à 26.
- **KARSENTY (D.)**, « La réparation des détentions », *JCP* 2003 I 108.
- **KATZ (C.)**, « La preuve en matière de harcèlement sexuel : pas vu, pas pris ? », *Gaz. Pal.* 1998, 1^{er} semestre, doct. p. 688 à 690.
- **KHAIRALLAH (G.)**, « Le « raisonnable » en droit privé français développement récents », *RTDCiv.* 1984 p. 439 à 467.
- **KIEJMAN (G.)**, « Les présomptions de fait de culpabilité et la présomption légale d'innocence », in *L'innocence*, Travaux de l'institut de criminologie de Paris, éd. Néret, 1977, p.14 à 31.
- **KOERING-JOULIN (R.)**, « De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites), *D.* 1990 Chr. p. 187 à 189.
- **KRAMER (P.)**, « Les rapports justice-médias et la loi du 15 juin 2000 », *Gaz. Pal.* 23 décembre 2000 n°358 p. 50.
- **KRIEGK (J.F.)**, « La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique », *D.* 2005 p. 1592 à 1596.
- **LAFAILLE (F.)**, « Législation antiterroriste et « état d'exception » L'Etat de droit italien à l'épreuve des Années de plomb », *RIDC* 2010 p. 653 à 683.
- **LALOU (H.)**, « Le code de procédure civile et la procédure pénale », *D.* 1951 Chr. p.33 à 36.
- **LAMBERT (L.)**, « Nécessité judiciaire, sociale, morale de l'interrogatoire policier », *RSC* 1949 supplément au n°2.
- **LAMPUE (P.)**, « La notion d'acte juridictionnel », *RDP* 1946 p. 5 à 67 .
- **LARGUIER (J.)**, « La preuve d'un fait négatif », *RTDCiv.* 1953 p. 1 à 48.
- **LAVIELLE (B.) et LEBUR (F.)**, « Le juge des libertés et de la détention : beni-oui-oui ou terminator ? », *Gaz. Pal.* 2001 Doct. p. 11768 à 11775.
- **LAVRIC (S.)** :
 - « Statu quo pour le parquet », *D.* 2009 p. 801.
 - « Commission nationale de réparation des détentions : rapport 2008 », *D.* 2009 p. 1679 à 1680.
- **LAZERGES (C.)** :
 - « Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire », *RSC* 2001 p. 7 à 23.
 - « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003 p. 644 à 654.
 - « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010 p. 275 à 287.
- **LE BRIS (R.F.)**, « Les problèmes juridiques posés par le narco-diagnostic et la narco-analyse en droit français », *RIDP* 1972 p. 379 à 395.
- **LE MASSON (J.M.)**, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et société* n°38, 1998, p. 21 à 31.
- **LEAUTE (J.)** :

- « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *RSC* 1953 p. 47 à 61.
- « Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive », *D.* 1966 Chr. p. 61 à 64.
- « Le caractère irréparable de la perte de l'innocence », in *L'innocence, Travaux de l'Institut de criminologie de Paris*, éd. Néret, 1977, p. 3 à 13.
- **LECLERC (H.) :**
 - « Les limites de la liberté de la preuve Aspects actuels en France », *RSC* 1992 p. 15 à 29.
 - « Le doute devoir du juge », in *Le doute et le droit*, étude sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 49 à 56.
 - « La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes », *Gaz. Pal.* 29 et 30 septembre 2000 p. 2 à 12.
- **LEGROS (R.),** « La preuve légale en droit pénal », in sous la direction de PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), *La preuve en droit, Travaux du centre national de recherche de logique*, Bruylant, 1981, p. 149 à 173.
- **LEIGH (L.H.) :**
 - « La Convention européenne des droits de l'homme. Des délais en matière de rétention policière, garde à vue et détention provisoire Note sur le droit anglais », *RSC* 1989 p. 45 à 53.
 - « La garde à vue en droit anglais », in sous la direction de PRADEL (J.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Cujas, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 1992, p. 15 à 18.
- **LEMONDE (M.),** « Le juge des libertés et de la détention : une réelle avancée ? », *RSC* 2001 p. 51 à 54 .
- **LENNON (J.L.),**
 - « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D.* 2006 Chr. p. 887 à 891
 - « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. Pén.* 2007 Etude n°21.
- **LEVASSEUR (G.) :**
 - « La Cour de sûreté de l'Etat (lois du 15 janvier 1963) », *Gaz. Pal.* 1963 1^{er} semestre Doct. p. 26 à 32.
 - « Le régime de la preuve en droit répressif français », in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Troisième colloque du département des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, éd. Bruylant, Bruxelles, 1977, p. 9 à 54.
 - « Le droit de la preuve en droit pénal français », in sous la direction de PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), *La preuve en droit, Travaux du centre national de recherche de logique*, Bruylant, 1981, p. 175 à 197.
- **LEVY (J.P.) :**
 - « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », in sous la direction de PERELMAN (C.) et FORIERS (P.), *La preuve en droit*, Bruylant, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1981, p. 26 à 58.
 - « L'apport de l'antiquité au droit de la preuve », *Droits* Tome 23 La preuve, PUF, 1996, p. 3 à 11.

- **LHUILIER (G.) et PLOUVIER (E.),** « Le droit pénal et la Constitution Pour une simplification de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2011 p. 1091 à 1093.
- **LHUILIER (G.),** « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation Réflexions sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », *Droit social* 1995 p. 162 à 170.
- **LOCHAK (D.),** « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n°84, 1998, p. 15 à 30.
- **LOMBARD (F.) et HAROUNE (A.),** « Garde à vue : les fictions de la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2002 p. 438 à 443.
- **LOMBARD (M.),** « La responsabilité du fait du service public de la justice Trente après la loi du 5 juillet 1972 », in *Liber amicorum Jean Waline Gouverner administrer juger*, Dalloz, 2002, p. 657 à 669.
- **LOMBOIS (C.),** « La présomption d'innocence », *Pouvoirs* 1990 n°55 p. 81 à 88.
- **LUC (J.),** « Le projet Sapin de réforme de la procédure pénale ou « de l'inculpé à l'encausé » », *Gaz. Pal.* 1992 1^{er} sem. Doct. p. 160 à 166.
- **LUCAZEAU (G.),** « L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. Pén.* 2009, n°10, dossier n°5.
- **LUCHAIRE (F.) :**
 - o « La lecture actualisée de la Déclaration de 1789 » ; in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25 et 26 mai 1989*, PUF, coll. Recherches politiques, p. 221 à 224.
 - o « La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ? », *RDP* 1989 p. 609 à 634.
- **LUCIANI-MIEN (D.),** « Indemnisation des détentions provisoires abusives », *AJPén.* 2011 p. 338 à 341.
- **LUDET (D.) et MARTINEL (A.),** « Les demi-vérités du Conseil constitutionnel », *D.* 2007 p. 1401 à 1407.
- **MAGENDIE (J.C.),** « La responsabilité des magistrats », *D.* 2003 p. 1117 à 1184.
- **MAINGUY (D.),** « De la légitimité des normes, et de son contrôle », *JCP* 2011 Doct. 250.
- **MAISTRE DU CHAMBON (P.),** « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier, Droit pénal et Procédure pénale*, PUG, 1993, p. 191 à 202.
- **MARCUS (M.),** « Essai d'identification du débat sur les contrôles d'identité », *RSC* 1985 p. 153 à 156.
- **MARIE (C.),** « La contrainte dans le procès », in sous la direction de GRYNBAUM (L.), *La contrainte*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p. 121 à 139.
- **MARON (A.) et VERON (M.),** « Commentaire de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications », *Dr. Pén.* Décembre 1991 Chr. p. 1 à 4 et *Dr. Pén.* Janvier 1992 Chr. p. 1 à 3.
- **MARON (A.) :**
 - o « La détention nouvelle est arrivée (2^e partie) », *Dr. Pén.* 1998 Chr. n°1.
 - o « La garde à vu fait une poussée de bourbouille », *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°5.
- **MARSAT (C.),**
 - o « Des difficultés d'application de l'article 5§3 de la CESDH », *Dr. Pén.* 1999 Chr. n°14.
 - o « L'état d'ébriété est une circonstance insurmontable qui permet de différer la notification des droits », *Dr. Pén.* 2001 Chr. n°23.
- **MARTIN (J. Cl.),** « La démarche historique face à la vérité judiciaire : juges et historiens », *Droit et société Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* n°38, 1998, p. 13 à 20.

- **MARTIN (R.)**, « La justice en faute lourde ou simple », *Procédures* 2001 Chr. n°8
- **MARTUCCI (R.)**, « Quatre-vingt neuf ou l'ambiguïté Aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789 – 1791) », in *Entre l'ordre et la liberté la détention provisoire deux siècles de débats*, éd. L'Harmattan, 1992, p. 41 à 60.
- **MASTCHER (F.)** :
 - o « La notion de tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, actes du colloque du 22 mars 1996 en la Grande chambre de la Cour de cassation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 29 à 47.
 - o « Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 579 à 592.
- **MATSOPOULOU (H.)** :
 - o « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010 ! Commentaire de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Dr. Pén.* 2007 Etude n°5.
 - o « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D.* 2008 p. 1494 à 1500.
 - o « Garde à vue : primauté de la jurisprudence européenne sur les règles constitutionnelles », *D.* 2011 p. 2084.
- **MAURER (B.)**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 1999, p. 283.
- **MAURO (J.)**, « 'Le délai raisonnable' de la procédure devant la Cour européenne de défense des Droits de l'Homme à Strasbourg. Un Droit fondamental sanctionné par la Cour », *Gaz. Pal.* 1988 1^{er} sem. Doct. p. 54.
- **MAYAUD (Y.)** :
 - o « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983 p. 597 à 621.
 - o « Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale) », *D.* 2010 p. 773 à 774.
- **MAYER (D.)** :
 - o « Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit », *D.* 1980 Chr. p. 99 à 102.
 - o note relative à la publication d'Amnesty international « La torture instrument de pouvoir, fléau à combattre » de 1984, *RSC* 1984 p. 865 à 868.
 - o « Réponse à ceux qui doutent des possibilités d'action contre la torture (à propos du colloque organisé le 19 janvier 1985 par la section française d'Amnesty International sur le thème « Isolement et torture ») », *RSC* 1985 p. 259 à 263.
 - o « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC* 1988 p. 439 à 446.
 - o « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001 p. 1643 à 1645.
- **MELLOR (A.)**, « Un chef-d'œuvre méconnu : le « Tribunal reformatum » de Grevius (1624) », *RSC* 1949 p. 725 à 736.
- **MERLE (R.)**, « La garde à vue », *Gaz. Pal.* 1969 2^e semestre Doct. p. 18.
- **MOCK (H.)**, « Guerre contre le terrorisme et droits de l'homme Réflexions à propos du rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme intitulé l'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », *RTDH* 2006 p. 23 à 34.
- **MOREAU (J.)**, « Police administrative et police judiciaire Recherche d'un critère de distinction », *AJDA* 1963 p. 68 à 83.
- **MOREAU (M.)** :

- « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Droit social* 1995 p. 171 à 177.
- « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Droit social* 1995 p. 359 à 364.
- **MOUYSET (O.)**, « Un an de droit pénal de la presse », *Dr. Pén.* 2008 Chr. n°8 ;
- **MURBACH (M.)**, « Réforme de la garde à vue : mémento des conduites à tenir pour les enquêteurs », *AJ pén.* 2011 p. 359 à 361.
- **NAGOUAS-GUERIN (M.C.)**, « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale », *RSC* 2002 p. 283 à 292.
- **NORMAND-BODARD (X.)**, « Outreau : et après ? », *Gaz. Pal.* 2006 Doct. p. 228 ;
- **OTTENHOF (R.)**, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », *RSC* 1987 p. 607 à 619.
- **PACTET (C.)**, « Le contentieux des conventions collectives », *Droit Social* 1973 p. 102 à 117.
- **PAISANT (G.)**, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995 Chr. p. 99 à 108.
- **PANSIER (F.J.)**, « Le juge et l'innocence », *Gaz. Pal.* 1995, 2^e sem. Doct. p. 1002 à 1006.
- **PASQUET MARINACCE (L.)**, « La prestation de serment imposée aux personnes placées en garde à vue : une pratique implicitement condamnée par les dispositions de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 », *Gaz. Pal.* 12 et 13 octobre 2001 Chr. p. 20 et 21.
- **PASSERIN D'ENTREVES (A.)**, « Légalité et légitimité », in *L'idée de légitimité*, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 29 à 41.
- **PATARIN (J.)**, « Particularismes de la théorie de la preuve en droit pénal », in sous la direction de STEFANI (G.), *De quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 7 à 76.
- **PAVIA (M.L.)**, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994 p. 6.
- **PAYE (J.C.)**, « Lutte antiterroriste : la fin de l'état de droit », *RTDH* 2004 p. 61 à 75.
- **PELISSIER (J.)**, « La protection du secret de la correspondance au regard du droit pénal », *RSC* 1965 p. 105 à 117.
- **PELLOUX (R.)**, « Vrais et faux droits de l'homme problèmes de définition et de classification », *RDP* 1988 p. 53 à 68.
- **PERELMAN (C.)** :
 - « Raisonnement juridique et logique juridique », *APD* tome XI La logique du droit, 1966, p. 1 à 6.
 - « Présomptions et fictions en droit Essai de synthèse », in sous la direction de Perelman (C.) *Les présomptions et les fictions en droit*, éd. Bruylant, coll. Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1974, p.339 à 348.
- **PERRIER (J.B.)**, « Précisions de la CJUE sur les contrôles d'identité et sur la question prioritaire de constitutionnalité », *AJ pén.* 2010 p. 343.
- **PERROT (R.)**, « Le juge unique en droit français », *RIDC* 1977 p. 659 à 674.
- **PETTITI (L.E.)**, « L'évolution de la jurisprudence européenne en matière pénale », *Rev. Pénit.* 1993 p. 119 à 138.
- **PICARD (E.)** : « L'émergence des droits fondamentaux en France, Les droits fondamentaux, Une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, numéro spécial juillet-août 1998, p. 6.
- **PINATEL (J.)**, « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972 p. 664 à 669.
- **POISSONIER (G.)** :

- « Quels droits pour Rackham le Rouge ? », *D.* 2010 p. 631.
- « La Cour de cassation confrontée au casse-tête de la détention en haute mer », *D.* 2010 p. 187.
- **POMPE (W.P.J.)**, « La preuve en procédure pénale », *RSC* 1961 p. 269 à 291.
- **PORTERON (C.)**, « Nullité des écoutes téléphoniques », *AJ pén.* 2005 p. 145 à 147.
- **PRADEL (J.)** :
 - « La réforme de la détention préventive », *Gasz. Pal.* 1972 1^{er} sem. Doct. p. 1 à 19.
 - « Chambre du conseil et instruction préparatoire Remarques suggérées par la loi du 30 décembre 1987 relative à la procédure pénale », *D.* 1988 Chr. p. 149 à 151.
 - « De la réforme de l'instruction préparatoire », *D.* 1989 Chr. p. 1 à 10.
 - « Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme (à propos de Cass., Ass. Plén., 24 nov. 1989, affaire Baribeau) », *D.* 1990 Chr. p. 15 à 20.
 - « La mise en état des affaires pénales Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (juin 1990) », *D.* 1990 Chr. p. 301 à 306.
 - « Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale) », *D.* 1993 Chr. p. 39 et 40.
 - « De l'enquête pénale proactive Suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, Chron. p. 57.
 - « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000 Chr. p. 1 à 9.
 - « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2000 Point de vue n°26 p. V et VI.
 - « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et p. 1114 à 1124.
 - « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000 Evolution ou révolution? », *D.* 2001 p. 1039 à 1047 et 1114 à 1124.
 - « De la motivation des arrêts d'assises », *D.* 2009 p. 2778.
 - « La responsabilité personnelle du juge pénal. Faut-il vraiment changer l'état du droit ? », *D.* 2005 p. 1953.
 - « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 », *JCP* 2007 I 138
 - et GUERIN (D.), « Les relations entre le ministère public et le ministre de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale », *D.* 2010 p. 660.
 - « La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur code de procédure pénale », *D.* 2010 p. 1293 à 1294.
 - « Quels magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue ? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 338 à 343.
 - « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue A propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011 Doct. 665.
 - « Un regard très européen sur les gardes à vue antérieures à l'application de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011 Doct. 756.
- **R.M.**, « La narco-analyse et la jurisprudence des tribunaux américains », *RSC* 1960 p. 139 à 140.
- **RASSAT (M.L.)** :
 - « Liberté individuelle et détention provisoire », *D.* 2000 n°20 Point de vue.
 - « Le projet de réforme de la procédure pénale », *JCP* 2010 Aperçu rapide 369.

- « A remettre sur le métier Des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP* 2011 Doct. 632.
- **REBUT (D.)**, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », *D.* 2010 p. 970.
- **RENAUT (M.H.)**, « Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code Napoléon ? », *Dr. Pén.* 1999 Chr n°26.
- **RENUCCI (J.F.)** :
 - « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *D.* 2009 p. 600.
 - « L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important », *D.* 2010 p. 1386.
 - « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *D.* 2011 p. 277.
 - « Mesures générales et / ou individuelles : l'ingérence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2011 p. 193 à 198.
- **RIALS (S.)**, « L'office du juge », in *Droits n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 3 à 20.
- **RIAS (N.)**, « La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence », *RRJ* 2009 p. 1251 à 1273.
- **ROBERT (J.H.)**, « Irrecevabilité de l'exception d'inconventionnalité de la loi française », *JCP E.* 2008 n°1461.
- **ROBERT (M.)**, « La Recommandation 2000 (19) du Conseil de l'Europe sur les principes directeurs pour les ministères publics d'Europe », *RSC* 2002 p. 47 à 58.
- **ROBINSON (C.D.) et ESER (A.)**, « Le droit du prévenu au silence et son droit d'être assisté par un défenseur au cours de la phase judiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique », *RSC* 1967 p. 567 à 618.
- **ROLLAND (M.)**,
 - « Le Ministère public en droit français (le rôle du Ministère public) », *JCP* 1956 I 1281.
 - « Le ministère public, agent non seulement de répression mais de prévention », *JCP* 1957 I 1342.
- **ROMNICIANU (M.)**,
 - « Détention provisoire et ordre public », *JCP* 1975 I 2744.
 - « L'incompatibilité de la présomption d'innocence avec l'indépendance du parquet et de la juridiction d'instruction », *D.* 1999 n°41 Point de vue p. IV.
- **ROUJOU DE BOUBEE (G.)**,
 - « L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue », *D.* 2010 p. 868 à 871.
 - « La réforme de la garde à vue (commentaire de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011) », *D.* 2011 p. 1570 à 1576.
- **ROUSSELET (M.)**, « A propos de la détention préventive et de son incidence sur la décision finale », *RSC* 1965 p. 215.
- **SAAS (C.)**, « Défendre en garde à vue : une révolution... de papier ? (CEDH 13 octobre 2009 Aff. Dayanan contre Turquie) », *AJ pén.* 2010 p. 27 à 30.
- **SCHWENDENER (M.)**, « La nouvelle garde à vue terrorisme issue de la loi du 23 janvier 2006 », *AJ pén.* 2006 p. 164.
- **SCREVENS (R.)**, « La preuve pénale en droit belge », in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Troisième colloque du département des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, éd. Bruylant, Bruxelles, 1977, p. 55 à 90.
- **SEGUR (L.)**, « L'inexistence en procédure civile », *JCP* 1968 I 2129.

- **SENNA (E.)**, « Etat des lieux à mi-mandat du Contrôle général des lieux privatifs de liberté », *AJ pén.* 2011 p. 404 à 407.
- **SERRATRICE-COUTTENIER (B.)**, « Le temps dans la garde à vue : aspects récents », *RSC* 1998 p. 465 à 478.
- **SOULEAU (I.)**, « Neuf années de contrôle judiciaire », *RSC* 1980 p. 41 à 76.
- **SOULEZ-LARIVIERE (D.)**, « Les nécessités de l'accusatoire », *Pouvoirs* 1990 n°55 p. 66 à 79.
- **SOULIER (G.)**, « Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme De la Convention à la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 1987 p. 663 à 675.
- **SPENCER (J.R.)**, « Evidence », *in* sous la direction de DELMAS-MARTY(M.) et SPENCER (J.R.), *European Criminals Procedures*, Cambridge University Press, 2002, p. 595 à 640.
- **STRAEHLI (G.)**, « Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles », *Dr. Pén.* 2009 Dossier n°4.
- **SUDRE (F.)** :
 - o « L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, du 27 août 1992, Tomasi contre France : mauvais traitements et délai raisonnable », *RSC* 1993 p. 33 à 43.
 - o « La Cour européenne joue à cache-cache avec le parquet », *JCP* 2010 398.
 - o « Le rôle du Parquet en question », *JCP* 2010 454.
- **SUSINI (J.)** :
 - o « Un chapitre nouveau de police scientifique La détection objective du mensonge », *RSC* 1960 p. 326 à 330.
 - o « Place et portée du polygraphe dans la recherche judiciaire de la vérité », *RIDP* 1972 p. 255 à 275.
 - o « L'aveu : sa portée clinique », *RSC* 1972 p. 677 à 684.
 - o « Psychologie policière : aspects cliniques et techniques du mensonge et de l'aveu », *RSC* 1981 p. 909 à 925.
 - o « La polygraphie du mensonge en 1983 », *RSC* 1983 p. 521 à 532.
 - o « L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromatiques ? (les contenus nouveaux de l'enquête spécifique de police) », *RSC* 1986 p. 915 à 920.
- **TAORMINA (G.)**, « Réflexions sur la détention provisoire des majeurs », *Rev. Pénit.* 2001 p. 64 à 100.
- **TAQUET (F.)**, « Brève approche sur les nouvelles dispositions relatives à la garde à vue », *Gaz. Pal.* 2000 Doct. p. 1502 à 1510.
- **TCHEN (V.)**, « Exécution de l'acte administratif », *J.Cl. Administratif Fasc.* 108-10.
- **TEISSIER (A.)**, « Garde à vue et droits de la défense », *Rev. Pénit.* 2001 p. 30 à 63.
- **THIERRY (J.B.)**, « L'arrêt Medvedyev c/ France du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 – Parquet : 0 », *Dr. Pén.* 2010 étude n°12.
- **TIXIER (G.)**, « La règle de « *reasonableness* » dans la jurisprudence anglo-américaine », *RDP* 1956 p. 276 à 298.
- **TOUFFAIT (A.)**, « Des principes applicables à l'allocation de l'indemnité réclamée à raison d'une détention provisoire », *D.* 1971 Chr. p. 189 à 196.
- **TROPER (M.)**, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP* 1989 p. 945 à 956.
- **TRUCHE (P.)** :
 - o « Il n'est pas sain d'instruire et de juger en même temps », *Le Figaro* du 28 juin 1999.

- « Le doute sur le fait ou le problème de la preuve », in *Le doute et le droit*, étude sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, colloque du 12 avril 1991, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 43 à 48.
- **TULKENS (F.) et DONNAY (L.)**, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006 p. 3 à 23.
- **TULKENS (F.)**, « L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants Les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Pierre Covrat La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 313 à 324.
- **TURCEY (D.)**, « Le juge de la détention est le type même de la fausse bonne idée », *LPA* du 14 janvier 2000 p. 4 à 8.
- **TURCEY (V.)**, « La loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ou le pavé de l'ours », *Gaz. Pal.* 1993 1^{er} sem. Doct. p. 390 à 394.
- **VACHET (G.)**, « L'interprétation des conventions collectives », *JCP* 1992 I 186.
- **VAN DE KERCHIVE (M.)**, « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *RSC* 1992, p. 2 à 15.
- **VERGES (E.)**, « Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables », *D.* 2007 p. 1441 à 1447.
- **VERIN (J.)** :
 - « La détention préventive et la criminologie », *RSC* 1969 p. 707 à 712.
 - « La prison : comment s'en débarrasser ? », *RSC* 1974 p. 906 à 917.
- **VERON (M.)**, « Ne pas confondre recel d'une information et recel du document qui la contient », *Dr. Pén.* 2007 Comm. n°143.
- **VERPEAUX (M.)** :
 - « La notion révolutionnaire de juridiction », in *Droit n°9 La fonction de juger*, PUF, 1989, p. 33 à 44.
 - « Il est né le Défenseur des droits A propos des lois du 29 mars 2011 », *JCP* 2011 Doct. 502
- **VIGOUROUX (C.)**, « La mise en application de la loi sur la présomption d'innocence et le droit des victimes », *D.* 2000 Interview n°26 p. VII à IX.
- **VILLEY (M.)**, « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *APD tome XXVIII Philosophie pénale*, 1983, p. 181 à 203.
- **VIMBERT (C.)**, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1994 p. 693 à 745.
- **VINEY (G.)**, « L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge », *D.* 1994 Chr. p. 301 à 307.
- **VITU (A.)** :
 - « Une nouvelle juridiction d'exception : la Cour de sûreté de l'Etat », *RSC* 1964 p. 24 à 51.
 - « Le principe de légalité et la procédure pénale », *Rev. Int. Crim. et pol. Techn.* 1967, p. 94 à 100.
 - « Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile », in *Mélanges offerts à M. le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 812 à 828.
- **VLAMYNCK (H.)** :
 - « Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations », *AJ pén.* 2004 p. 269.
 - « La garde à vue du Code d'instruction criminelle à nos jours », *AJ pén.* 2008 p. 257.
 - « Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile », *AJ pén.* 2011 p. 352 à 359.
- **VOLO (P.)**, « Le silencieux droit au silence », *LPA* 19 juillet 1993 p. 17 et 18.

- **VOUIN (R.) :**
 - o « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D.* 1949 Chr. p. 101 à 108.
 - o « Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle », *D.* 1950 Chr. p. 37 à 40.
 - o « La Cour de sûreté de l'Etat (lois du 15 janvier 1963) », *JCP* 1963 I 1764.
 - o « La détention provisoire », *D.* 1970 Chr. p. 191 à 196.
- **VROOM (C.),** « La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux Etats-Unis », *RSC* 1988 p. 487 à 507.
- **VUILLEMIN (J.C.) et WEBER (J.F.),** « Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats », *D.* 2010 p. 1544.
- **VUILLERME (J.L.),** « La fin de la justice pénale (polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation) », *APD tome XXVIII Philosophie pénale*, 1983, p. 155 à 179.
- **WACHSMANN (P.),** « La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1988 p. 1 à 15 .
- **WALD (A.),** « Vérité et justice (la vérité et le procès), Rapport général », in *La vérité et le droit (Journées canadiennes, Economica, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXVIII, 1987, p. 529 à 544.*
- **WALLENBURGER (C.),** « A propos de la torture », *RSC* 1949 p. 132 à 133.
- **WEIL (P.),** « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.* 1958 p. 49 à 56.
- **WIEDERKEHR (G.),** « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *Justices* 1997 p. 13 à 24
- **WILLMANN (C.),** « Les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine », *Rep. Pén. Dalloz*.
- **YOTIS (C.P.),** « Le point de vue d'un criminaliste grec sur la narco-analyse », *RIDP* 1951 p. 629 à 637.
- **ZARKA (J.C.),** « Le « Défenseur des droits » », *D.* 2011 p. 1027 à 1033
- **ZENATI (F.),** « Loi n°85-1303 du 10 décembre 1985 portant réforme de la procédure d'instruction en matière pénale », *RTDCiv* 1986 p. 238 à 242.
- **ZUCHOWICZ (L.),** « Quel suivi pour les personnes placées en détention provisoire ? », *D.* 2000 Point de vue n°18 p. V.

Bibliographie

Index

(Renvoi aux numéros de paragraphe)

A

Apparence : 139, 141, 249, 323 et s., 391 et 392, 483.

Appel : 378, 383, 655, 685, 690.

- Unique objet : 705.

Appréhension (art. 73 CPP) : 87, 142 (note 2), 332.

Arrestation : 19, 87, 208, 334, 461, 543, 560, 876, 909.

Article 3 de la CESDH : 756 et s., 775 à 785.

Assignation à résidence sous surveillance électronique : 86, 134, 152, 194, 198, 666, 685, 690, 727,

Auteur : 140, 332, 334.

Autorité judiciaire : 150 et s., 235, 247 et s., 625, 631 et s., 637 et s..

Aveu : 509 et s., 535 et s..

Avocat (assistance) : 528 à 531, 589 et s..

C

Cassation : 660

Conditions matérielles indignes : 800 et s..

Constitutionnalité (contrôle) : 33

Contrainte probatoire (définition) : 9 et s..

Contrôle d'identité : 130, 296, 340, 343, 369 et s., 373, 379, 929.

Contrôleur général des lieux privatifs de liberté : 813 et et s., 820

Contrôle judiciaire : 84 et s., 134, 194, 198 et s., 316, 360.

Conventionnalité (contrôle) : 33.

- articulation avec le contrôle de conventionnalité : 32, 33.

Criminalité et délinquance organisées : 154, 163, 208, 210, 221, 282, 317, 364, 405, 606, 849, 925.

Cumul de mesures de contrainte : 465 et s.

D

Défenseur des droits : 679, 692.

Délai raisonnable

- de la contrainte : 411, 422 et s., 443, 456, 494 et s..

- de la procédure : 18, 422, 652, 711, 726 et s..

Délit de rébellion : 92.

Délit d'hébergement dans des conditions indignes : 824 et s.

Détention provisoire : 18, 37, 84, 134, 152, 165, 194, 198 et s., 203, 210, 216, 256 et s., 296, 344, 360 et s., 369, 373, 379, 383, 391, 406 et s., 411 et s., 423, 432 et s., 457, 461 et s., 473, 481, 483, 520, 592, 664 et s..

Diffamation : 961 et s..

Dignité : 737 et s..

Domicile : 104, 173, 194, 211 et s., 904.

Droit à l'image : 967 et s..

Droit à l'information (publicité de la contrainte) : 886 et s., 917 et s., 958 et s..

Droit au silence : 541 et s.

Droit de comprendre : 574 et s..

Droit de connaître :

- ce qui est reproché : 559 et s..

- ses droits : 569 et s..

Droit de ne pas s'auto-incriminer : 536 et s..

Droit de résistance : 91 et s..

Droits de la défense : 505 et s.

Durée de la contrainte : 400 et s..

Dysfonctionnement du service de la justice (responsabilité de l'Etat) : 666 et s..

E

Ecoutes téléphoniques : 79, 103, 113, 139, 193, 210, 221, 279, 282, 378, 413, 462, 935.

Enquête de flagrance : 112, 130, 147, 163, 194, 215 et s., 282, 317.

Enquête préliminaire : 130, 147, 163, 208, 211, 216 et s., 282.

Enquête proactive : 44, 164, 329.

Enregistrement des interrogatoires : 842 et s.

Etat de santé : 847 et s..

Examen médical : 848 et s..

F

Flagrance (définition) : 332 et s.

G

Garde à vue : 365, 390, 405, 455 et s., 460, 462 et s., 467 et s., 483, 487, 519, 544 et s., 581 et s., 666, 685, 776 et s., 802 et s.,

H

Hypnose : 552

I

Impartialité : 246 et s..
Indépendance : 246 et s..
Indices faisant présumer : 130.
Indices graves et concordants : 134, 140,
Indices graves ou concordants : 134 et s.,
344, 379.
Inexistence : 489.
Interprète : 574 et s..
Intime conviction : 7, 308 et s..

J

Juge d'instruction : 233 et s., 254.
Juge de l'enquête et de l'instruction : 283.
Juge des libertés et de la détention : 256, 282
et s.,

L

Légalité : 56 et s..
Légitimité : 168 et s..
Liberté de la presse : 863 et s.

M

Mandat d'amener : 218, 461.
Mandat d'arrêt : 134, 461.
Mandat de recherche : 130, 154.
Mineurs : 135, 842.
Ministère public : 158 et s., 237 et s., 247 et
s., 684 et s..
Mise en examen : 134.
Motivation du recours à la contrainte : 352 et
s.

N

Nécessité : 291 et s..
Notification des droits : 298, 570 et s..
Nuit : 211 et s..

Nullité : 96 et s., 347, 377 et s., 485 et s., 547,
553, 582 et s., 658 et s., 689 et s., 697, 702 et
s., 722 et s., 821, 840, 853 et s., 941 et s..

O

Officier de police judiciaire : 228 et s..

P

Petit dépôt : 114, 176, 598, 609, 690.
Perquisition : 118, 125, 130, 139, 152, 154,
163, 194, 208, 216, 220 et s., 317, 364 et s.,
578 et s..
Police administrative : 325 et s., 664.
Police judiciaire : 325 et s..
Polygraphe : 552.
Prélèvements : 130, 147.
Président de la chambre de l'instruction :
383, 655, 685, 697, 812.
Présomption d'innocence (article 9-1 du
Code civil) : 972 et s..
Procès équitable : 504 et s..
Procureur de la République (voir Ministère
public)
Proportionnalité : 400 et s..

R

Raisons plausibles de soupçonner : 129.
Recel : 945 et s..
Référé-liberté : 383, 655.
Réserve du contentieux : 715.
Responsabilité civile : 671 et s..
Responsabilité de l'Etat : 663 et s..
Responsabilité disciplinaire : 676 et s., 698.
Responsabilité pénale : 102 et s., 686 et s.,
698 et s..
Retenue douanière : 298, 468, 482, 571 et s.,
579, 598, 609, 612, 815, 851.

S

Secret : 899 et s., 932 et s..
Services de police : 146 et s..
Seuils de vraisemblance : 141 et s..
Stupéfiants : 193, 201, 220 et s., 364, 405,
407 et s., 597, 606, 611.

T

Temps judiciaire : 879.
Témoignage assisté : 134.
Terrorisme : 163, 182, 193, 220, 222.

Titre de contrainte : 81 et s.

Torture : 742 et s., 761 et s., 768 et s..

Traitement inhumain ou dégradant : 757 et s.

V

Vérification d'identité : 152, 210, 296, 364,
467, 851, 929.

Vérité judiciaire : 7, 309.

Violences volontaires : 770 et s..

Table des matières

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	- 1 -
§1- Définition des termes du sujet.....	- 2 -
§2- Un sujet variable dans le temps et l'espace.....	- 17 -
§3- L'Intérêt du sujet.....	- 28 -
Partie I - L'ENCADREMENT CLASSIQUE : L'EFFECTIVITE DE LA LIBERTE INDIVIDUELLE	-47-
Titre I- Une contrainte non-arbitraire.....	- 43 -
Ch1- Une contrainte légale.....	- 47 -
Section I - Un principe fondamental dans son énoncé.....	- 47 -
§1- La légalité garantie de la liberté individuelle	- 47 -
A- La valeur fondamentale de la liberté individuelle	- 48 -
1°/ Un héritage de la philosophie des Lumières	- 48 -
2°/ Les qualifications de la liberté individuelle.....	- 49 -
B- La confiance en la loi.....	- 52 -
1°/ La loi au sens formel du droit interne.....	- 52 -
2°/ La loi au sens matériel du droit international	- 55 -
§2- Une liste exhaustive des titres de contrainte	- 58 -
A- Une intervention préalable de la loi	- 58 -
1°/ Une attribution préalable du pouvoir de contrainte.....	- 58 -
2°/ Une limite à la liberté de la preuve.....	- 61 -
B- Une source de sanction.....	- 65 -
1°/ La nullité de la contrainte illégale.....	- 65 -

2°/ La responsabilité pénale de l'agent.....	- 69 -
Section II- Un principe relatif dans sa mise en œuvre.....	- 71 -
§1- La légalité relative de la création de la contrainte.....	- 71 -
A- Une compétence exclusive remise en cause.....	- 71 -
1°/ Une légalité présumée.....	- 72 -
2°/ Une légalisation progressive.....	- 77 -
B- Des hypothèses de contrainte imprécises.....	- 82 -
1°/ Une harmonisation progressive des hypothèses de contrainte.....	- 83 -
2°/ Une gradation progressive des hypothèses de contrainte.....	- 88 -
§2- La légalité relative de l'attribution du pouvoir de contrainte.....	- 95 -
A- L'éclatement du pouvoir de contrainte.....	- 95 -
1°/ Les services de police.....	- 95 -
2°/ L'autorité judiciaire.....	- 97 -
B- La superposition des pouvoirs de contrainte.....	- 100 -
1°/ La double mission du ministère public.....	- 100 -
2°/ L'attribution variable du pouvoir de contrainte.....	- 102 -
Ch.2- Une contrainte légitime	- 108 -
Section I- Une création légitime de la contrainte.....	- 108 -
§1- Le principe de la légitimité substantielle de la création de la contrainte....	- 109 -
A- Un principe récent.....	- 109 -
1°/ La nouvelle dichotomie entre légalité et légitimité.....	- 109 -
2°/ Les buts légitimes de la contrainte.....	- 111 -
B- Les corollaires de la légitimité substantielle de la création de la contrainte-	- 113 -
1°/ Une conciliation des valeurs fondamentales de la Société.....	- 113 -
2°/ Un pouvoir de création contrôlé.....	- 117 -

§2- Les critères d'appréciation de la légitimité substantielle.....	- 120 -
A- La nécessité in abstracto de la mesure de contrainte	- 120 -
1°/ La création de la contrainte, un besoin social impérieux.....	- 120 -
2°/ Une interprétation extensive.....	- 126 -
B- La proportionnalité in abstracto de la mesure de contrainte.....	- 131 -
1°/ Une exigence complémentaire.....	- 131 -
2°/ Une exigence assouplie	- 139 -
Section II – Une attribution légitime de la contrainte.....	- 146 -
§1- Le droit positif illustration d'une attribution légitime.....	- 146 -
A- La légitimité substantielle critère implicite d'attribution de la contrainte-	147 -
1°/ Les services de police	- 147 -
2°/ Le juge d'instruction	- 149 -
3°/ Le ministère public	- 151 -
B- La légitimité substantielle source de critiques récurrentes.....	- 158 -
1°/ Le ministère public.....	- 158 -
2°/ Les magistrats du siège titulaires de la contrainte.....	- 163 -
§2- Le droit prospectif conséquence d'une attribution légitime.....	- 166 -
A- La collégialité.....	- 167 -
1°/ Les échecs successifs.....	- 167 -
2°/ Les justifications de l'échec.....	- 170 -
B- La séparation des fonctions.....	- 171 -
1°/ Une réflexion d'inspiration étrangère.....	- 171 -

2°/ Les réflexions françaises	- 173 -
Conclusion du titre I.....	- 181 -
Titre II- Une contrainte raisonnable	- 182 -
Ch1- Une contrainte nécessaire.....	- 185 -
Section I- L’appréciation de la nécessité de la contrainte.....	- 185 -
§1- La liberté d’appréciation des titulaires de la contrainte.....	- 185 -
A- L’opportunité de la contrainte.....	- 186 -
1°/ Une liberté d’appréciation généralisée.....	- 186 -
2°/ Une liberté d’appréciation justifiée.....	- 190 -
B- Le choix de la mesure de contrainte	- 193 -
1°/ La recherche d’une preuve d’une certaine qualité.....	- 193 -
2°/ L’adéquation de la contrainte aux nécessités de la recherche des preuves	- 199 -
§2- La détermination légale des critères d’appréciation.....	- 202 -
A- L’exigence légale d’une apparence d’infraction et d’implication.....	- 203 -
1°/ Une apparence d’infraction.....	- 203 -
2°/ Une apparence d’implication.....	- 207 -
B- Le cadre légal d’un pouvoir discrétionnaire	- 209 -
1°/ Le renvoi à un pouvoir d’appréciation	- 209 -
2°/ L’absence de sanction de l’erreur d’appréciation.....	- 215 -
Section II- Le contrôle de la nécessité de la contrainte.....	- 217 -
§1- Un contrôle <i>a priori</i> : la motivation de la nécessité.....	- 217 -
A- Une obligation légale.....	- 218 -
1°/ Une garantie de la liberté individuelle.....	- 218 -

2°/ Une extension progressive.....	221 -
B- Une obligation fluctuante.....	226 -
1°/ L'absence d'obligation légale de motivation.....	226 -
-	
2°/ Une obligation conditionnée par l'atteinte portée à la liberté individuelle.....	228 -
§2- Le contrôle <i>a posteriori</i> de la nécessité de la contrainte.....	229 -
A- La diversité du contrôle a posteriori.....	230 -
1°/ La nullité.....	230 -
2°/ Le référé-liberté.....	234 -
B- La relativité du contrôle a posteriori.....	235 -
1°/ Une quasi clause de style.....	236 -
2°/ Une évolution jurisprudentielle.....	240 -
Ch2- Une contrainte proportionnée.....	246 -
Section I- Une consécration légale inachevée.....	246 -
§1- Des définitions variées de la proportionnalité <i>in concreto</i>.....	246 -
A- L'échec des définitions quantitatives.....	247 -
1°/ L'élasticité des définitions quantitatives.....	247 -
2°/ L'insuffisance des définitions quantitatives.....	251 -
B- Le recours complémentaire aux standards.....	253 -
1°/ Une appréciation nécessairement casuistique.....	253 -
2°/ Des standards divers.....	256 -
§2- Les critères d'appréciation de la proportionnalité.....	261 -

A- Des critères d'origine variée.....	261 -
1°/ Des critères d'origine législative.....	261 -
2°/ Des critères complémentaires d'origine jurisprudentielle.....	264 -
B- Des critères insatisfaisants.....	267 -
1°/ Une liste incomplète.....	267 -
2°/ La subjectivité des critères.....	272 -
Section II- Une application relative.....	274 -
§1- Des carences législatives.....	274 -
A- Des textes imprécis.....	274 -
1°/ L'imprécision des définitions légales de la proportionnalité.....	275 -
2°/ L'indétermination légale du <i>dies a quo</i> et du moment de la prolongation des privations de liberté.....	277 -
B- Des règles légales partielles en cas de cumul de mesures de contrainte...-	283 -
1°/ Un cumul de mesures de nature différente.....	284 -
2°/ Un cumul de mesures identiques.....	285 -
§2- Un contrôle juridictionnel insatisfaisant.....	289 -
A- Des contrôles variés.....	289 -
1°/ L'auto-contrôle des autorités titulaires.....	289 -
2°/ Le contrôle requis.....	292 -
B- Un contrôle de portée limitée.....	297 -
1°/ Une position stricte de la Cour de cassation.....	297 -
2°/ Une évolution en devenir.....	299 -
Conclusion du Titre II.....	304 -
Conclusion de la Partie I.....	305 -

Table des matières

2°/ La connaissance des droits.....	349 -
a) La notification des droits.....	349 -
b) La compréhension des droits.....	351 -
B- Une information à la mise en œuvre minimale.....	357 -
1°/ L'information du gardé à vue.....	357 -
2°/ L'information du mis en examen.....	362 -
§2- Le droit à l'assistance d'un avocat.....	364 -
A- Une définition initiale a minima.....	364 -
1°/ La liberté de communication avec un avocat.....	365 -
2°/ Le droit de s'entretenir avec un avocat.....	368 -
B- La consécration du droit à la présence d'un avocat lors des interrogatoires.....	374 -
1°/ Une longue gestation.....	374 -
2°/ Des limites persistantes.....	379 -
Ch2- Un contentieux équitable.....	386 -
Section I- La reconnaissance d'un droit polymorphe.....	386 -
§1- Une construction progressive.....	386 -
A- Un principe interne général.....	386 -
1°/ La consécration expresse de 1958.....	387 -
2°/ La compétence exclusive du juge judiciaire.....	389 -
B- Un droit européen spécifique.....	393 -
1°/ Un droit au contrôle.....	394 -
2°/ Un droit à indemnisation.....	396 -

§2- La diversité des recours.....	- 398 -
A- Les sanctions « procédurales ».....	- 399 -
1°/ La fin de la contrainte	- 399 -
2°/ La disparition de l'acte originaire.....	- 403 -
B- La sanction des autorités.....	- 405 -
1°/ Le principe de la responsabilité de l'Etat.....	- 405 -
2°/ Le développement progressif des responsabilités personnelles.....	- 414 -
a) La responsabilité civile.....	- 415 -
b) La responsabilité disciplinaire.....	- 418 -
Section II- Une mise en œuvre conditionnée.....	- 422 -
§1- Les conditions d'exercice des droits au contrôle et à réparation.....	- 422 -
A- Des titulaires strictement définis.....	- 422 -
1°/ La Société.....	- 423 -
2°/ L'individu contraint.....	- 425 -
B- Des conditions de fond restrictives.....	- 428 -
1°/ La nécessité d'une décision préalable.....	- 428 -
2°/ L'objet limité du contrôle.....	- 431 -
§2- Les conditions procédurales.....	- 433 -
A- Indépendance et impartialité.....	- 433 -
1°/ Compétence matérielle	- 434 -
2°/ Compétence territoriale	- 438 -
B- Contradictoire et célérité.....	- 440 -

Table des matières

1°/ Le respect du principe du contradictoire.....	- 440 -
2°/ La célérité de la procédure.....	- 444 -
Conclusion du titre I.....	- 449 -
Titre II - Le droit à la dignité.....	-517-
Ch1- La dignité physique	- 454 -
Section I- Le principe absolu du respect de la dignité physique.....	- 454 -
§1- Un principe historique renouvelé.....	- 455 -
A- Une nouvelle valeur.....	- 455 -
1°/ Une valeur morale	- 455 -
2°/ Une valeur juridique.....	- 458 -
B- Une nouvelle portée.....	- 461 -
1°/ En droit européen	- 462 -
2°/ En droit interne.....	- 467 -
§2- Une sanction renforcée dans le cadre de la contrainte.....	- 470 -
A- Une appréciation européenne assouplie des atteintes à la dignité.....	- 470 -
1°/ Une preuve simplifiée du comportement des autorités.....	- 471 -
2°/ Une gravité des faits présumée.....	- 474 -
B- Une répression interne aggravée.....	- 477 -
1°/ La sanction encourue	- 477 -
2°/ Des faits justificatifs restreints.....	- 479 -
Section II- L'effectivité relative du respect de la dignité physique.....	- 482 -
§1- Les conditions matérielles de l'exécution de la contrainte.....	- 482 -
A- Une amélioration progressive.....	- 482 -

1°/ L'état des locaux	- 482 -
2°/ Le contrôle de l'état des locaux	- 486 -
B- Des sanctions restreintes	- 489 -
1°/ Les suites des contrôles	- 489 -
2°/ Une qualification pénale impossible	- 490 -
§2- La prévention des atteintes à la dignité	- 494 -
A- La lutte contre les pressions excessives	- 495 -
1°/ La lutte contre les pressions psychiques	- 495 -
2°/ La lutte contre toute pression	- 499 -
B- La protection de la santé	- 503 -
1°/ L'examen médical de l'individu contraint	- 503 -
2°/ L'adaptation de la contrainte	- 507 -
Ch2- La dignité morale	- 512 -
Section I- La protection bicéphale de la dignité morale	- 512 -
§1- Des moyens antagonistes	- 513 -
A- Un moyen naturel : le secret	- 513 -
1°/ La protection d'intérêts divers	- 513 -
2°/ Un obstacle aux perversions de l'information	- 515 -
B- Un moyen récent : la publicité	- 520 -
1°/ La valeur fondamentale de la liberté d'information	- 520 -
2°/ La légitimation de la contrainte	- 523 -
§2- Une conciliation nécessaire entre publicité et secret	- 524 -
A- Un secret renforcé	- 525 -

Table des matières

1°/	Des	dispositions	
	variées.....		- 525 -
2°/	Des	dispositions	à
	préciser.....		- 527 -
B- Une publicité encadrée..... - 531 -			
1°/	La publicité : une exception en droit interne.....		- 531
			-
2°/	La publicité : un principe en droit européen.....		-
			535 -
Section II- La multiplication des sanctions du non respect de la dignité morale...- 537 -			
§1- Les sanctions de la violation du secret.....- 537 -			
A- Des sanctions législatives insuffisantes..... - 538 -			
1°/	Les	sanctions	
	répressives.....		- 538 -
2°/	Les	sanctions	
	« procédurales ».....		- 540 -
B- Une sanction jurisprudentielle extensive.....- 542 -			
1°/	L'application	du	
	recl.....		- 543 -
2°/	Une jurisprudence critiquable.....		-
			545 -
§2- Les sanctions des excès de la publicité..... - 548 -			
A- Une sanction traditionnellement répressive..... - 549 -			
1°/	Les	atteintes	à la
			réputation.....
			- 549 -
2°/	La diffusion de l'image d'un individu contraint.....		- 553
			-
B- La création d'un nouveau droit.....- 556 -			
1°/	La consécration d'un droit à la présomption d'innocence.....		- 556 -
2°/	Une	interprétation	
	restrictive.....		- 560 -
Conclusion du Titre II - 565 -			
Conclusion de la Partie II - 567 -			
Conclusion générale - 568 -			

BIBLIOGRAPHIE - 573 -
Index.....-603-

Table des matières

Bibliographie

La procédure pénale française se caractérise par le pouvoir de contrainte probatoire accordé aux autorités chargées de la recherche de la vérité. Celui-ci a fait l'objet d'une activité législative importante au cours de ces quarante dernières années marquée tant par une multiplication des mesures que par un renforcement progressif de leur encadrement. Cette succession des réformes législatives, dont le rythme s'est accéléré depuis le début du XXI^e siècle, souligne la difficulté de trouver un équilibre satisfaisant entre, d'une part, l'efficacité de la recherche de la vérité et, d'autre part, l'effectivité des prérogatives accordées à l'individu. La recherche d'un tel équilibre conduit à s'interroger sur l'encadrement de la contrainte probatoire en s'extrayant des classifications traditionnelles des diverses mesures. Une approche historique des prérogatives accordées à l'homme permet de déterminer les droits et principes constituant aujourd'hui cet encadrement. En effet, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 appréhende l'individu en tant que citoyen dans ses relations avec l'Etat. Le respect de la liberté individuelle est dès lors mis en exergue. A ce titre, la création des mesures de contrainte ne peut être arbitraire et leur mise en œuvre doit être raisonnable. A l'issue de la Seconde guerre mondiale, l'individu n'est plus envisagé seulement comme un citoyen mais également comme un membre de l'humanité. L'effectivité de sa dignité et du respect de ses droits, en particulier, de son droit à un procès équitable, complètent en conséquence l'encadrement de la contrainte probatoire.

Mots clés : recherche de la vérité – contrainte – liberté individuelle – droits de l'homme – légalité – légitimité – nécessité – proportionnalité – dignité – procédure équitable.

The main feature of French criminal procedure is the coercitive power attributed to the authorities in charge of seeking the truth. Over the last forty years, the number of statutes relating to this coercitive power largely increased, reinforcing the boundaries of its legal framework. Since the beginning of the 21st century, the path of statutes enactments increased suggesting that there is difficulty in finding the right balance between the efficiency in the truth seeking and the effectiveness of individuals' rights. Defining the right balance suggests to analyze the coercitive power's legal framework without relying on the classical legal categories. An historical approach of the individuals' rights allows us to identify the legal and theoretical framework of the said coercitive power. Indeed, the 1789 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen considers the individual as a citizen relating to the State. The respect of individual freedom is the core of the Declaration, preventing arbitrary coercitive measures and an unreasonable use of the coercitive power. After Second World War, the individual has not been considered only as a citizen, but also as a member of Mankind. Accordingly, the respect of individuals' dignity and rights, especially the right to a fair trial has reinforced the coercitive power's legal framework.

Key words: Truth seeking – Coercitive power – Individual freedom – Human rights – Legality – Legitimacy – Necessity – Proportionality – Dignity – Fair trial.